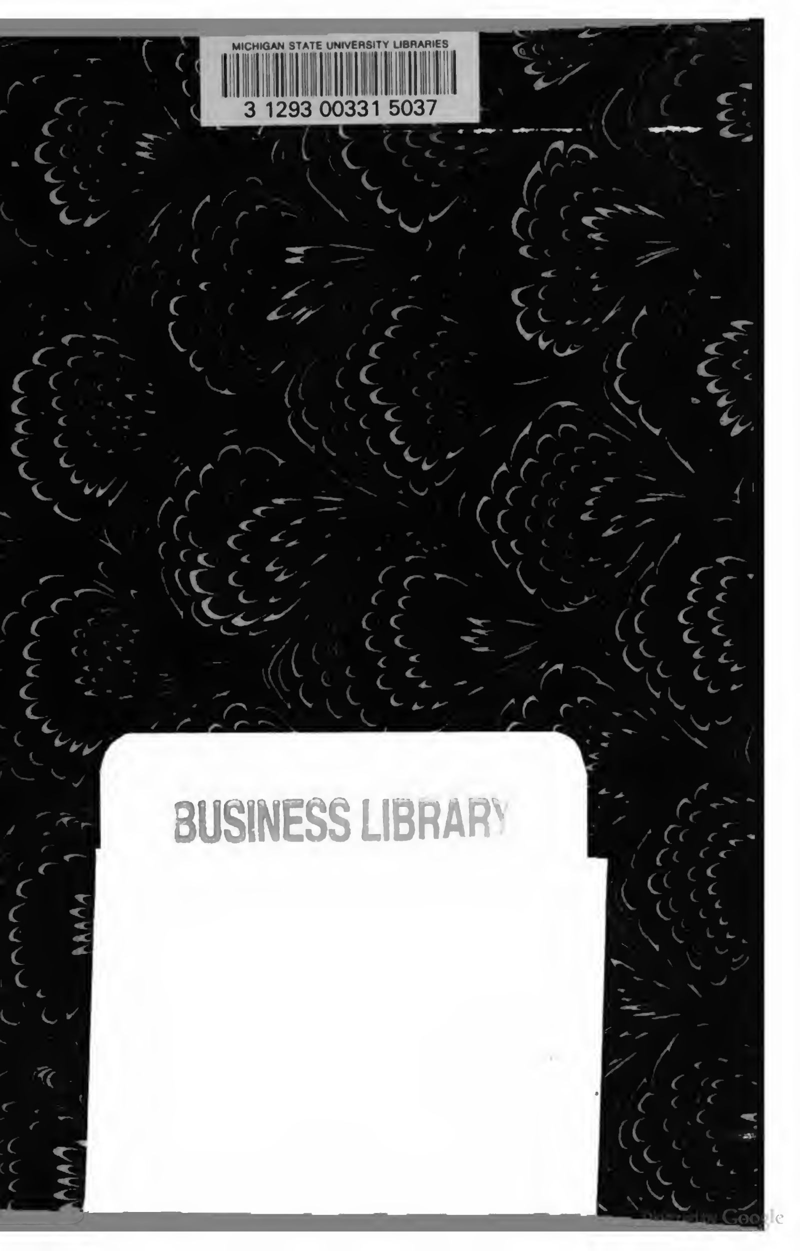
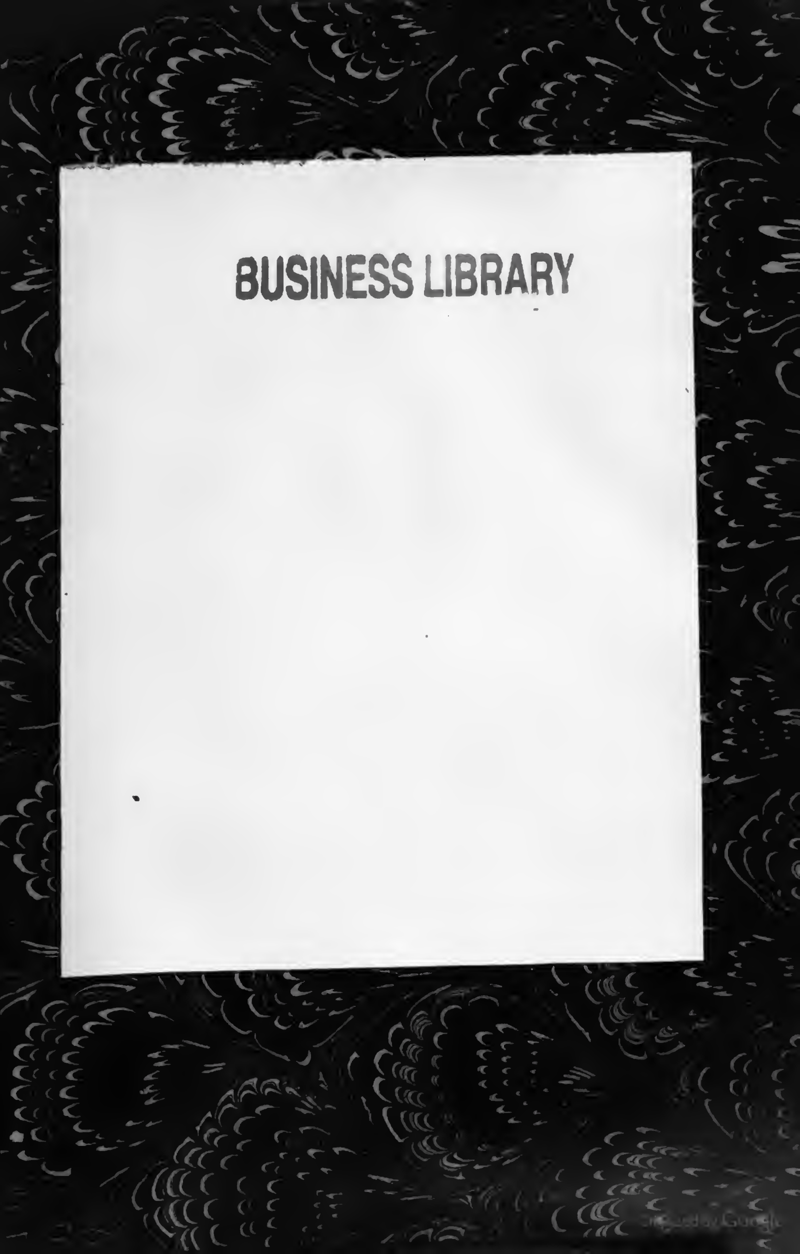
PANDEKTEN: BD. FAMILIEN- UND ERBRECHT

Heinrich Dernburg, Johannes Biermann





MICHIGAN STATE UNIVERSITY LIBRARIES
3 1293 00331 5037
BUSINESS LIBRARY


BUSINESS LIBRARY


LIBRARY
Michigan State
University

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Dritter Band.

Familien- und Erbrecht.

Sechste, verbesserte Auflage.

Unter Mitwirkung
von
Johannes Biermann,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Gießen.

Berlin 1901.
Verlag von H. W. Müller.



Inhaltsübersicht.

Viertes Buch. Das Familienrecht.

Erster Abschnitt. Allgemeine Begriffe.

Zweiter Abschnitt. Das Eherecht.

Erstes Kapitel. Das Wesen der Ehe.

Zweites Kapitel. Eingehung und Auflösung der Ehe.

Drittes Kapitel. Das eheliche Güterrecht.

I. Das Allgemeine.

II. Die dos.

Seite

3. Die Begründung des Dotalverhältnisses.

4. Die Rechtsverhältnisse während der Ehe.

5. Die Dotalverhältnisse nach Auflösung der Ehe.

III. **Schenkungen unter Ehegatten. Propter nuptias donatio.**

IV. **Ehescheidungsstrafen. Nachtheile der Wiederverheirathung.**

Dritter Abschnitt. Die väterliche Gewalt und das Elternrecht.

Erstes Kapitel. Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.

Zweites Kapitel. Das Vermögensrecht der Hauskinder.

Drittes Kapitel. Rechte und Pflichten der Eltern.

Vierter Abschnitt. Das Vormundschaftsrecht.

Erstes Kapitel. Die Grundbegriffe.

Seite

Zweites Kapitel. Die Formen der letztwilligen Verfügungen.

I. Einleitung.

II. Die ordentlichen Testamentsformen des justinianischen Rechtes.

III. Besondere Arten der Testamente.

IV. Erleichterte Form für Vermächtnisse.

Drittes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze von letztwilligen Verfügungen.

I. Der letzte Wille und seine Erklärung.

II. Fehlerhafte Verfügungen.

III. Nebenbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen.

Viertes Kapitel. Die Erbeseinsetzung.

I. Die Erbeseinsetzung im Allgemeinen.

II. Substitutionen.

Seite

III. Das Anwachsungsrecht.

Fünftes Kapitel. Ungültigkeit der Testamente.

Sechstes Kapitel. Die Vermächtnisse und die Schenkungen auf den Todesfall.

I. Die Vermächtnisse im Allgemeinen.

A. Das Wesen und die Wirkungen.

B. Errichtung der Vermächtnisse.

C. Aufhebung der Vermächtnisse.

D. Vermächtnißerwerb.

II. Die einzelnen Arten der Vermächtnisse.

A. Nach der Verschiedenheit des Gegenstandes.

B. Akkrescenz und Substitution bei Vermächtnissen.

Seite

Drittes Kapitel. Die Kollation.

Fünfter Abschnitt. Das Notherbenrecht.

Erstes Kapitel. Das alte formelle Notherbenrecht.

Zweites Kapitel. Das Pflichttheilsrecht und die Novelle 115.

I. Die geschichtliche Entwickelung des Pflichttheilsrechtes.

II. Der Pflichttheil und das Recht auf Erbeinsetzung im gemeinen Rechte.

Sechster Abschnitt. Der Eintritt des Erbfalles.

Erstes Kapitel. Schutzmaßregeln zu Gunsten der Erbinteressenten.

Zweites Kapitel. Der Erwerb der Erbschaft.

A. Erwerb durch fremde Erben.

Seite

Drittes Kapitel. Die Uebertragung der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

I. Transmission.

II. Die Veräußerung des Rechtes aus der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

Viertes Kapitel. Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

I. Die Repräsentation des Erblassers durch den Erben.

II. Die Klagen des Erben.

III. Die Rechtsverhältnisse der Miterben.

Register der Parömien.

Die Zahlen ohne nähere Bezeichnung bedeuten die Seiten, die in Parenthese stehenden Ziffern die Paragraphen, a = Anmerkung.

Verbesserungen.

---

1. Bd. 1. Abtheilung.

S. 118 Zeile 4 lies § **1626** statt 1026.
„ 123 „ 1 „ § **2229** „ 2029.
„ 160 Anm. 9 Zeile 3 lies **43, 8** statt 43, 3.
„ 162 „ 8 „ 3 „ l. **8** pr. statt l. 18 pr.
„ 271 über § 117 füge hinzu: VI. Stellvertretung.
„ 359 Anm. 11 Zeile 4 u. 5 lies **litem contestatam** statt item contestatem.
„ 367 letzte Zeile lies **nicht** statt meist.
„ 368 Zeile 15 lies § **167** Abs. 2 statt 162 Abs. 2.

1. Bd. 2. Abtheilung.

S. 37 Zeile 3 lies **Verpächter** statt Pächter.
„ 80 Anm. 12 lies Art. **124** statt Art. 123.
„ 104 „ 6 „ Anm. **13** „ Anm. 12.
„ 113 „ 4 „ § **134** statt 131.
„ 114 „ 10 „ § **136** „ 137.
„ 114 „ 11 „ § **137** „ 133.
„ 209 „ 26 lies §§ **1045, 1046** statt 1046, 1047.
„ 221 „ 20 Zeile 1 lies § **228** statt 239.
„ 227 „ 8 lies § **1061** statt 1071.
„ 244 „ 5 „ § **1014** „ 1004.
„ 279 „ 2 „ § **1210** „ 1193.
„ 302 „ 6 „ § **1249** „ 1248.

Viertes Buch.

Das Familienrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Begriffe.

§ 1. Die Familie und das Familienrecht.

1. Herkömmlicherweise vereinigt man unter dem gemeinsamen Namen des Familienrechtes das Recht der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft.

Die Vormundschaft ist zwar im heutigen Rechte kein familienrechtliches Verhältniß mehr, aber sie ist den Familienrechten analog. Es war daher wenig glücklich, daß sie Puchta aus dem Kreise auswies und in das Obligationenrecht stellte, wohin sie nicht paßt.[1] Die Zusammengehörigkeit von Ehe, väterlicher Gewalt und Vormundschaft ist evident. Vor Allem sind die historischen Ausgangspunkte gleichartige. Aber auch innerlich sind die Institute eng verwandt. Denn allen gemeinsam ist ihnen, daß eine persönliche Abhängigkeit existirt, die sich ebensosehr von einer sachenrechtlichen Unterwerfung als von der bestimmt bemessenen, nie die ganze Person erfassenden obligatorischen Verpflichtung unterscheidet.[2]

2. Die Familienrechte haben zwei Seiten. Sie sind reine Familienrechte, soweit sie eine persönliche Abhängigkeit begründen, oder Familiengüterrechte, d. h. durch das Familienrecht bedingte Vermögensrechte. Das persönliche Familienrecht ist das grundlegende, da es das Familiengüterrecht durchweg beeinflußt.

---

1) Puchta § 331; Windscheid Bd. 2 § 432 Anm. 4 bringt die Vormundschaft theilweise im Obligationenrechte und theilweise im Familienrechte. Damit wird die Sache nicht verbessert. Auch B.G.B. stellt die Vormundschaft in das Familienrecht.

2) Ueber die juristische Konstruktion der Familienrechte vgl. Bekker, Pandekten Bd. 1 S. 77.

3. Der äußere Mittelpunkt der Familie ist das Haus, welches den Hausvater, seine Frau und seine Kinder umschließt. Das Wort familia bedeutete denn auch ursprünglich in Rom nichts Anderes als Hauswesen, d. h. den Hausvater und die Sachen und Personen, welche ihm unterstehen.[3]

In weiterer Bedeutung ist die römische Familie der Kreis der Agnaten, d. h. der Personen, die in einer Hausgewalt stünden, wenn der gemeinsame Ahne nicht verstorben wäre. Schon in Rom verstand man endlich unter Familiengliedern auch bloße Blutsverwandte.

4. Die älteste Organisation der römischen Familie im engeren Sinne war eine patriarchalisch-autokratische. Der Hausvater hatte über seine Ehefrau in manu und über seine Kinder in der potestas eine Herrengewalt, welche einem Eigenthumsrechte außerordentlich ähnlich war. Der Fortschritt in der Geschichte bestand nun darin, an die Stelle dieser autokratischen Herrengewalt gegenseitige persönliche Abhängigkeitsverhältnisse zu setzen, so daß aber immer der Hausvater die führende Stellung behielt.

Dabei war in Rom die Entwickelung eine andere bezüglich der Ehefrau als hinsichtlich der Hauskinder.

a) Das spätere Recht hat mit der Ehe cum manu, bei welcher die Frau in der Gewalt ihres Ehemannes stand, völlig gebrochen. Dieses Institut kommt im justinianischen Rechte nicht mehr vor. Ihm sind die Ehegatten vielmehr grundsätzlich gleichberechtigt. Immerhin ist die Autorität des Mannes überwiegend.

In Deutschland wurde die führende Stellung des Ehemannes in einigen Partikularrechten zu einer Art von Vormundschaft (mundium) verstärkt. Im jetzigen Recht ist dies ausgetilgt. Im B.G.B. ist von einer ehemännlichen Vormundschaft nicht mehr die Rede.

b) Bezüglich der Hauskinder erhielt sich auch im jüngsten römischen Rechte die civile potestas des Hausvaters. Sie wurde jedoch erheblich abgeschwächt.

Viel weiter ging in der Minderung der Gewalt das gemeine Recht.

Nach B.G.B. ist sie elterliche Gewalt und nicht viel mehr als besonders geartete, nutzbare Vormundschaft über Minderjährige.

§ 2. Kognation und Agnation.

Für die Geschichte des römischen Rechtes ist von größter Bedeutung die Unterscheidung der civilen Verwandtschaft — der Agnation — und der natürlichen Verwandtschaft — der Kognation.

3) Mannigfache Bedeutungen des Wortes „familia“ führt an Ulpianus libro 46 ad edictum l. 195 §§ 1 ff. D. de V. S. 50, 16; vgl. Bekker, Pand. Bd. 1 S. 77.

1. Agnaten sind im Allgemeinen die durch den Mannesstamm Verwandten.[1] Nach dem besonderen römischen Begriff trat man aber durch capitis deminutio aus der Agnatenfamilie. Dies bezog sich auch auf die nachher erzeugten Nachkommen des Minuirten.

Andererseits zählte zu den Agnaten, auch wer nicht Blutsverwandter, aber durch Adoption in die väterliche Gewalt eines Agnaten und damit in die Agnatenfamilie eingetreten war.

2. Kognaten oder Blutsverwandte sind die von einander oder von einem gemeinsamen Dritten Abstammenden.[2]

Blutsverwandt sind die ehelichen Kinder mit ihrem Vater und ihrer Mutter und mit deren Verwandten. Die unehelichen Kinder gelten nur als verwandt mit der Mutter und mit deren Verwandten, nicht aber mit dem Erzeuger und mit dessen Verwandten.[3 4]

Das älteste römische Recht beachtete einzig die Agnation, also die Verwandtschaft durch den Mannesstamm.[5] Auf der Agnation beruhte namentlich ausschließlich die gesetzliche Erbfolge.

Darin lag ein wichtiges wirthschaftliches und politisches Princip. Die Vermögen blieben in der Familie desselben Namens, sie gelangten nicht an die durch die Weiber Verwandten.

Es war dies eine streng aristokratische Ordnung, welche die Erhaltung der Güter in den Familien sicherte.

Das klassische römische Recht berücksichtigte auch die Kognation, und schließlich kam der humane, antiaristokratische Gedanke zur ausschließ-

---

1) Die maßgebende Definition der Agnation stammt von Gaj. Inst. III § 10: Vocantur autem agnati qui legitima cognatione juncti sunt: legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas conjungitur: itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam matrem eandem habuerint, item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est. Diese Definition geben wieder § 1 J. de legitima adgn. tut. 1, 15 und andere Stellen des corpus juris. Der Grundbegriff der Agnation ist im deutschen Rechte derselbe wie im römischen. Nur zählen nach römischem Rechte auch die Frauen, welche durch den Mannesstamm verwandt sind, zu den Agnaten. Dies ist dem deutschen Rechte fremd. Die capitis deminutio hat selbstverständlich für den deutschrechtlichen Agnationsbegriff keine Bedeutung. Endlich tritt man in Deutschland durch Adoption nicht in die Agnatenfamilie des Adoptivvaters ein, vgl. unten § 30.

2) l. 1 § 1 D. unde cognati 38, 8. Ulpianus libro 46 ad edictum: Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint.

3) l. 2, l. 8 D. unde cognati 38, 8. Uebereinstimmend B.G.B. §§ 1705, 1706.

4) Als Blutsverwandte — cognati — galten übrigens auch die in die Agnatenfamilie eingetretenen Nichtverwandten. Denn man stellte das Axiom auf, daß der Agnat nothwendig auch als Kognat anzusehen sei, l. 1 § 4 D. unde cognati 38, 8. Mit dem Austritte aus dem Agnatenverbande hörte die durch die Adoption begründete Kognation auf, l. 3 D. eod.

5) Vgl. aber auch Leist, alt-arisches jus civile 1892 S. 231 flg.

lichen Geltung. daß sich im Rechte und namentlich bezüglich der gesetzlichen Erbfolge alle Blutsverwandte gleichstehen, so daß die Agnation kein Vorrecht giebt.[6]

§ 3. Unterscheidungen unter den Verwandten.

I. Natürlicherweise ergeben sich zwei Hauptgruppen:[1]

1. Verwandte in gerader Linie sind der Erzeuger und seine unmittelbaren und mittelbaren Nachkommen. Nach dem Bilde eines Stammbaumes spricht man von Ascendenten und Descendenten, indem man vom Ahnherrn zu den Nachkommen heruntersteigt.

Die Römer nennen die Ascendenten parentes und die Descendenten liberi, ohne Unterschied, ob die letzteren mittelbare oder unmittelbare Nachkommen sind.[2] Der deutsche Sprachgebrauch ist geneigt, als Eltern und Kinder nur die unmittelbaren Erzeuger und Nachkommen zu bezeichnen. Zwar kommt auch vor, daß man unter Kindern entferntere Descendenten und unter Eltern entferntere Ascendenten versteht. Diese Auslegung ist aber nur am Platz, wenn sie durch besondere Umstände unterstützt wird.[3]

2. Seitenverwandte sind die von einem gemeinsamen Dritten Abstammenden. Die nächsten sind die Geschwister. Geschwister, welche beide Eltern gemeinsam haben, nennt man vollbürtige — germani — diejenigen, welche nur einen Parens gemeinsam haben, halbbürtige.

Geschwister mit einem gemeinsamen Vater heißen consanguinei, mögen sie von derselben Mutter oder von verschiedenen Müttern geboren sein; Geschwister, die nur die Mutter gemeinsam haben, sind uterini.

Agnat ist man stets nur in einer Agnatenfamilie; Kognat kann man in verschiedenen Kognatenfamilien sein. Der Agnat unseres Agnaten ist auch unser Agnat, der Kognat unseres Kognaten muß keineswegs nothwendig zugleich unser Kognat sein.[4]

---

6) Gemeinrechtlich gilt dies absolut. Doch schrieb Buchholtz, jur. Abh. 1833 3. Abh. „Ueber die noch jetzt geltenden Unterschiede zwischen Agnaten und Kognaten." B.G.B. kennt die Agnation nicht. Im Recht des hohen Adels, dem Lehn, und dem Familienfideikommiß hat sich der Begriff erhalten.

1) l. 1 § 1 D. de gradibus 38, 10, B.G.B. § 1589.

2) l. 220 D. de V. S. 50, 16. Callistratus libro 2 quaestionum „Liberorum" appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt, continentur. l. 51 D. eod.

3) Das B.G.B. bezeichnet die Descendenten als „Abkömmlinge"; unter „Kindern" versteht es nur die Descendenten ersten Grades, vgl. § 1924.

4) Bekker, Pandekten Bd. 1 S. 193.

II. Die Nähe der Verwandtschaft wird nach Graden gemessen. Die römische und die kanonische Berechnung — computatio — ist dabei verschieden.

1. Die römische geht nach dem Satze: „so viel Grade als dazwischen liegende Zeugungen“.[5] Hiernach sind, was die gerade Linie anlangt, die unmittelbaren Eltern mit ihren Kindern im ersten, die Enkel mit den Großeltern im zweiten, die Urenkel mit den Urgroßeltern im dritten Grade verwandt, und was die Seitenlinie betrifft, die Geschwister mit einander im zweiten, Oheim und Tante mit Neffe und Nichte im dritten, Geschwisterkinder mit einander im vierten Grade verwandt.

2. Die kanonische Komputation[6] weicht in der geraden Linie nicht von der römischen ab, wohl aber in der Seitenlinie. Denn sie zählt nur bis zum gemeinsamen Stammvater hinauf, nicht wie die römische durch den gemeinsamen Stammvater hindurch. Geschwister also sind kanonisch im ersten Grade verwandt. Sind die Seiten ungleich, so bestimmt die längere den Verwandtschaftsgrad. Nach kanonischem Rechte sind daher Oheim und Neffe im zweiten Grade mit einander verwandt, nicht anders als Geschwisterkinder.

3. Die römische Komputation ist die gemeinrechtliche. Sie liegt auch der Reichsgesetzgebung, insbesondere dem B.G.B. § 1589 Abs. 1 zu Grunde.

§ 4. Die Verschwägerung.[1]

1. Der gemeine Sprachgebrauch versteht unter Verwandten auch Verschwägerte — adfines. Die Rechtsstellung der Verschwägerten ist aber von derjenigen wahrer Verwandter — Blutsverwandter — verschieden.

Insbesondere steht den Verschwägerten nicht wie den Blutsverwandten gegeneinander ein gesetzliches Erbrecht zu. Nahe Verschwägerung hat vorzugsweise Bedeutung als Ehehinderniß, ferner hinsichtlich des Rechtes als Richter oder als Zeuge in den Rechtssachen des Verschwägerten thätig zu sein.

Verschwägert sind dem Gatten die Blutsverwandten seines Ehegatten.[2] Die beiderseitigen Verwandten von Ehegatten sind nicht mit einander verschwägert.

5) §§ 1 ff. J. de gradibus cognationis 3, 6.

6) Vgl. die bei Glück Bd. 23 S. 176 angeführten Stellen. Die kanonische Berechnung beruht auf germanischen Auffassungen.

1) Glück Bd. 23 S. 211; Bekker, Pandekten Bd. 1 S. 194.

2) l. 4 § 3 D. de gradibus et adfinibus 38, 10 ... adfines sunt viri et uxoris cognati.

2. Die Beziehung des Ehegatten zu den Descendenten seines Ehegatten von einem anderen Gatten bezeichnet der deutsche Sprachgebrauch besonders als Stiefverwandtschaft. Sie unterscheidet sich aber von anderen Arten der Verschwägerung im Rechtssinne nicht.

Der Begriff der Stiefverwandtschaft ist freilich ein weiterer. Stiefgeschwister nennt man auch halbbürtige Geschwister, also Verwandte.

3. Verschwägerung entsteht nur durch den Abschluß einer rechtsgültigen Ehe.[3] Nach kanonischem Rechte wurde sie durch Konkumbenz begründet, ohne Unterschied, ob die Konkumbenten Ehegatten waren oder nicht.[4] Dies ist aber nicht gemeinrechtlich.[5] [6]

4. Die Schwägerschaft endigt nach römischem Rechte mit der Auflösung der sie begründenden Ehe.[7] B.G.B. § 1590 Abs. 2 bestimmt, der deutschen Lebensanschauung entsprechend, das Gegentheil.

---

3) l. 4 § 8 D. h. t. 38, 10. Aus dem bloßen Verlöbniß entsteht noch keine Affinität, § 9 J. de nuptiis 1, 10. Das Verhältniß der Verlobten wird im weiteren Sinne als „adfinitas“ bezeichnet l. 8 D. de condictione causa data 12, 4, l. 38 § 1 D. de usuris 22, 1. Uebrigens sah man sich in Rom veranlaßt, bezüglich der Ehehindernisse auch „serviles adfinitates“ anzuerkennen, l. 14 § 3 D. de ritu nuptiarum 23, 2, ferner außereheliche Geschlechtsverbindungen, l. 4 C. de nuptiis 5, 4.

4) Vgl. die bei Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 168 Anm. 6 citirten Stellen. Die dort angeführte Glosse definirt „est affinitas personarum proximitas ex coitu proveniens“.

5) Die Römer zählten keine Grade der Affinität, wohl aber geschah dies durch das kanonische Recht, so daß der Grad der Blutsverwandtschaft mit dem Ehegatten auch den Grad der Affinität mit dessen Gatten bestimmt. Dem schließt sich B.G.B. § 1590 Abs. 1 Satz 2 an.

6) Das ältere kanon. Recht betrachtete außer der einfachen Affinität — primi gradus — als Ehehinderniß auch die affinitas secundi gradus d. h. eine durch Ehe begründete Beziehung zu den mit unserem Ehegatten Verschwägerten z. B. zu der Stieftochter unserer Ehefrau aus einer früheren Ehe, wie auch die entsprechende affinitas tertii gradus. Allein Innocenz der Dritte hob auf dem vierten Lateranischen Konzil das Ehehinderniß auf, cap. 8 X. de eo qui cognov. 4, 14. Schulte § 168 Anm. 11.

7) l. 3 § 1 D. de postulando 3, 1. Ein Ehehinderniß bildete aber in Rom die ehemalige Affinität auch nachdem die Ehe, auf der sie beruhte, aufgelöst war, § 6 J. de nuptiis 1, 10.

Zweiter Abschnitt.

Das Eherecht.

Erstes Kapitel.

Das Wesen der Ehe.

§ 5. Begriff der Ehe. Staat und Kirche.

I. Ehe ist die rechtlich anerkannte vollkommene Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau.[1]

Der Ehe liegt das natürliche Verhältniß der Geschlechter und die Nothwendigkeit ihrer Vereinigung behufs der Erhaltung der Menschheit zu Grunde. Aber es wird zur Ehe erst durch das Recht. Eine Ehe entsteht nur, wenn deren rechtliche Voraussetzungen vorhanden und wenn die Formen, welche das Recht fordert, gewahrt sind. Nur dann treten die Rechtsfolgen einer Ehe ein, namentlich die bedeutendste, die Legitimität der durch die Verbindung erzeugten Kinder und der Eintritt dieser Kinder in die väterliche Gewalt ihres Erzeugers.

Die Ehe ist also ein Rechtsinstitut. Ja, sie ist das wichtigste aller privatrechtlichen Institute, da sie die Grundlage der Organisation der bürgerlichen Gesellschaft bildet.[2]

II. Im Mittelalter ordnete der Staat, noch nicht gereift zum vollen Bewußtsein seiner Aufgaben, das persönliche Eherecht völlig den Satzungen der Kirche unter.

Die Ehe bildet nach katholischem Dogma ein Sakrament. Das kanonische Recht regelte daher die Eingehung und Auflösung der Ehe, behandelte die Ehesachen als geistliche Sachen und nahm die Gerichtsbarkeit über Ehesachen ausschließlich für die geistlichen Oberen in Anspruch.[3] Dies alles galt dem mittelalterlichen Staate unbedingt als maßgebend.

---

1) l. 1 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Modestinus libro 1 regularum: Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. Das Eherecht der Römer, wie der Hellenen und hiernach der gesammten christlichen Völker beruht auf der Monogamie. Im Römerreich erhielt sich freilich trotz l. 2 C. de incestis nuptiis 5, 5 bei manchen Stämmen polygamische Sitte; Mitteis, Reichsrecht S. 221. Auch das Institut des „Probejahres" wich in Egypten nicht ganz dem römischen Ehebegriff. Mitteis a. a. O.

2) Savigny Bd. 1 S. 346 führt aus, „daß die juristische Seite des Wesens der Ehe gerade die geringere sei, indem die wichtigere einem ganz anderen Gebiete als dem des Rechtes angehöre". Dies wurde unendlich oft wiederholt. Mit Recht hat hiergegen Brinz Bd. 3 S. 664 Einspruch erhoben.

3) Vgl. namentlich concilium Tridentinum sessio XXIV „de sacramento matrimonii". Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 155 und dort Citirte.

Die Reformation verwarf zwar die Auffassung der Ehe als eines Sakramentes und erkannte deren weltlichen Charakter an. Dennoch behielt die protestantische Kirche zunächst entscheidenden Einfluß auf die Gestaltung des ehelichen Personenrechts.[4] Im Anschluß an ihre Auffassungen entstand ein gemeines protestantisches Eherecht,[5] welches man nicht bloß auf Protestanten, sondern auch auf andere Akatholiken anwendete.[6]

III. Der heutige Staat verweltlichte die Ehegesetzgebung und die Jurisdiktion in Ehesachen.

Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und über die Eheschließung (s. g. Personenstandsgesetz) insbesondere regelte:

a) die Eingehung der Ehe unabhängig von der Mitwirkung der Kirche, und ließ

b) über Ehesachen nur die staatlichen Gerichte mit verbindlicher Kraft für den Staat entscheiden.

Das B.G.B. steht zwar im Allgemeinen auf demselben Standpunkt, beschränkt aber seine Vorschriften nach der Ueberschrift des 1. Abschnitts seines 4. Buches auf „die bürgerliche Ehe“ und bestimmt ausdrücklich § 1588, daß die kirchlichen Verpflichtungen in Ansehung der Ehe durch die Vorschriften dieses Abschnittes nicht berührt werden.

§ 6. Die persönliche Stellung der Ehegatten.

Nach altem römischem Rechte hatte der Ehemann eine eheherrliche Gewalt — manus — über seine Ehefrau, so daß ihr Vermögen in dem

---

4) Vgl. namentlich Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht 1881.

5) Die Existenz eines gemeinen protestantischen Ehescheidungsrechts nimmt namentlich das R.G. Bd. 1 S. 326 an. In jener Entscheidung spricht es zunächst für das hessische Eherecht aus: „Ein besonders kurhessisches Eherecht auszubilden, haben die ehemaligen hessischen Konsistorien und Gerichte niemals beabsichtigt. Sie waren stets bestrebt, mit Wahrung des Principes des protestantischen Eherechtes den Anforderungen der Zeit und des Lebens gerecht zu werden.“ Nicht anders war es in den anderen protestantischen Staaten, insbesondere auch in Mecklenburg. — Gegen die Behandlungsweise des Reichsgerichtes hat sich Gerhard Buchka, das mecklenburgische Ehescheidungsrecht 1885 erklärt. Uebrigens wird auch hier anerkannt, daß in den mecklenburgischen Scheidungsurtheilen die Bezugnahme auf „das gemeine protestantische Kirchenrecht“ beziehungsweise das „gemeine Eherecht“ nichts Seltenes ist. Gleichwohl behauptet Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 156: „daß es ein gemeines protestantisches Kirchenrecht weder gegeben hat, noch giebt“. Vermittelnd ist Hubrich, das Recht der Ehescheidung 1891 S. 61.

6) Das protestantische Eherecht fand insbesondere auch bei Ehen der Juden Anwendung R.G. Bd. 5 S. 177. Bei Ehen zwischen Katholiken und Akatholiken ist wenigstens grundsätzlich für jeden Theil das persönliche Eherecht seiner Konfession maßgebend. R.G. Bd. 12 S. 235. Ueber das Scheidungsrecht in gemischter Ehe vgl. RG. Bd. 43 S. 175.

seinen aufging, ihr Erwerb ihm gehörte, ihre Person seinem Rechte über Tod und Leben unterstand.[1]

Das jüngste römische Recht hat mit der Manus völlig gebrochen. Hier giebt es keine eheherrliche Gewalt mehr. Es ist eine Verkennung des historischen Ganges der Dinge, wenn man dies neuerdings geleugnet und behauptet hat, daß auch bei der s. g. freien Ehe eine Gewalt des Ehemannes über die Frau, wenn auch schwächerer Art als bei der alten Manusehe, existirte.[2]

Die Ehegatten stehen vielmehr in gegenseitiger, rechtlich anerkannter Abhängigkeit; der Ehemann aber hat die Führung der ehelichen Gemeinschaft.[3] Dies tritt in folgenden Sätzen hervor:

1. Die Ehefrau erhält den Familiennamen des Mannes und behält denselben auch nach Auflösung der Ehe bis zu etwaiger Wiederverheirathung.[4] Sie theilt auch den Stand, insbesondere den Adel, des Mannes.[5]

2. Sie hat im Rechtssinne das Domicil des Ehemannes,[6] auch wenn sie thatsächlich ihren Wohnort anderswo haben sollte. Sie hat ihm zu folgen. Dies selbst, wenn er das Domicil verlegt, sofern ihr nicht besondere Gründe zur Seite stehen.[7]

---

1) Daß manus und Ehe ursprünglich identisch waren, halte ich für zweifellos. Ein besonderes Argument hierfür ist, daß dann, wenn ein filiusfamilias verheirathet war, die manus dem Haussohne und nicht seinem Vater zugeschrieben wurde, Gajus II § 159. Dies hat namentlich Brinz Bd. 3 S. 666 hervorgehoben. Die manus „fiduciae causa", welche offenbar nichts Ursprüngliches war, vgl. Gajus, Inst. I § 114, ist für die Bestimmung des Grundcharakters des Instituts ohne Bedeutung.

2) Brinz Bd. 3 S. 668.

3) B.G.B. § 1354: Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung. Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt.

4) So nach B.G.B. 1355, es trifft im § 1577 für den Fall der Scheidung besondere Bestimmungen.

5) l. 13 C. de dignitatibus 12, 1. Das B.G.B. bestimmt hierüber nichts, weil es sich um eine Frage des öffentlichen Rechts handelt.

6) l. 65 D. de judiciis 5, 1, l. 38 § 3 D. ad munic. 50, 1. B.GB. § 10.

7) Die Frau kann nicht angehalten werden, mit ihrem Manne vagabundirend umherzuziehen. Wenn ihn aber Beruf oder andere gerechte Zwecke nöthigen, seinen Aufenthalt öfter zu wechseln, so hat sie ihm zu folgen. Mit dem Manne auch in fremde Lande zu ziehen, ist die Frau keineswegs unter allen Umständen rechtlich verpflichtet. — Hat der Vertrag unter den Ehegatten Geltung, wonach der Mann das ursprüngliche Domicil nicht ohne Zustimmung der Frau verlegen darf? Die Praxis hält solche Verträge überwiegend für gültig, obgleich man sie von rein theoretischem Standpunkte als gegen das Wesen der Ehe gehend beanstandet. Doch werden sie nur für den Fall anzuerkennen sein, daß in der That berechtigte Interessen der Frau obwalten, z. B. wenn der Mann „beim Weibe einfreit", d. h. wenn die Frau ein Geschäft hat, dem er vorstehen soll. Der Vertrag ist nicht bindend, wenn Veränderungen der Umstände die Verlegung des Domicils räthlich machen. Vgl.

Der Ehemann hat das interdictum de uxore exhibenda et ducenda gegen Dritte, welche ihm die Frau vorenthalten und dies auch gegen den Vater der Frau oder deren Mutter.[8]

Gegen die Frau hat der Mann nach römischem Recht kein Klagerecht, um sie zum gemeinsamen Leben zu zwingen. Wohl aber steht nach gemeinem sowie nach Reichsrecht jedem Theile eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu.[9]

3. Die Ehefrau erwirbt dem Manne durch ihre häuslichen und gemeinen Dienste.[10] Selbständiger gewerblicher oder künstlerischer Erwerb dagegen gehört ihr.

4. Nach gemeinrechtlicher Gewohnheit ist der Ehemann zur Alimentirung seiner Frau verbunden.[11]

Die väterliche Gewalt über die Tochter erlosch nach römischem Rechte nicht durch deren Verheirathung. Dies ist aber nach gemeinem Rechte der Fall. Dagegen steht die Frau, wenn sie minderjährig ist, trotz ihrer Verheirathung unter Vormundschaft.[12] [13]

Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 5 S. 98, Brinz Bd. 3 S. 673 Anm. 27. Vgl. auch R.G. Bd. 5 S. 165, Bd. 6 S. 149, Bd. 15 S. 188, Bd. 17 S. 386. Die hier erörterten Gesichtspunkte fallen auch nach B.G.B. in das Gewicht, wenn es sich fragt, ob ein Mißbrauch des Rechtes des Mannes vorliegt.

8) l. 2 D. de liberis exhibendis 43, 30, l. 11 C. de nuptiis 5, 4. Das B.G.B. bestimmt hierüber nichts.

9) Vgl. C.P.O. §§ 606 ff., R.G. Bd. 6 S. 149, Bd. 5 S. 165, Bd. 15 S. 188, Windscheid Bd. 2 § 490 Anm. 2, B.G.B. § 1353 Abs. 1: Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Ausnahmen hiervon in Abs. 2.

10) l. 48 pr. D. de operis libertorum 38, 1. Brinz Bd. 2 S. 673. Es ist dies gemeine Praxis. B.G.B. § 1356 Abs. 2 besagt: „Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Thätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.“ Natürlich kommen aber auch die körperlichen und geistigen Kräfte der Frau und selbst Vereinbarungen vor der Ehe in Betracht.

11) Aus den römischen Quellen läßt sich der Alimentationsanspruch nicht begründen. Nach B.G.B. § 1360 hat nicht nur der Mann der Frau, sondern auch die Frau dem Manne Unterhalt zu gewähren. Ueber die Unterhaltsgewährung für den Fall, daß die Ehegatten getrennt leben, vgl. § 1361.

12) Nach B.G.B. erlischt die elterliche Gewalt durch die Verheirathung der Tochter nicht, vgl. § 1626, doch bestehen für sie besondere Bestimmungen, vgl. §§ 1633, 1661.

13) Nach Reichsrecht theilt die Frau die Staatsangehörigkeit (R.Gesetz vom 1. Juni 1870 §§ 5, 11, 19, 21) und den Unterstützungswohnsitz (R.Gesetz vom 6. Juni 1870 §§ 9, 15—17) des Mannes.

Zweites Kapitel.

Eingehung und Auflösung der Ehe.

§ 7. Verlöbniß.[1]

I. Verlöbniß — sponsalia — nennt man das gegenseitige Versprechen künftiger Ehe.[2][3]

Erfordernisse sind der von beiden Seiten erklärte Wille,[4] die Handlungsfähigkeit der Verlobten im Allgemeinen[5] und deren Fähigkeit, wenigstens künftig die Ehe mit einander einzugehen,[6] endlich der Konsens der Eltern sowie der Vormünder, sofern deren Einwilligung zum Abschlusse der Ehe gesetzlich einzuholen ist.[7]

II. Ein wichtiges Problem ist die Frage der Form. Vieles spricht dafür, durch eine bestimmte Form das ernste Verlöbniß von bloßem Getändel abzuheben. Wo aber das Gesetz eine Form verlangt, welche keinen festen Halt in der Volkssitte hat, werden die Formvorschriften, da die Verlöbnisse auf Vertrauen beruhen, leicht unbeachtet bleiben.

In Rom geschahen die Verlöbnisse formlos;[8] sie blieben es nach gemeinem Rechte. Dagegen war die Beobachtung von Formen alte deutsche Rechtssitte und in Partikularrechten vielfach Bedingung der Rechtsgültigkeit.[9]

---

1) Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses 1900.

2) l. 1 D. de sponsalibus 23, 1. Florentinus libro 3 institutionum: Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. Mommsen liest statt „mentio" „conventio". Was soll aber die repromissio noch außer der conventio! Mentio deutet wohl auf die Werbung, welche durch Botschaft des Freiwerbers zu geschehen pflegte, und repromissio auf die Zusage der Braut beziehungsweise des Brautvaters. Ueber andere Erklärungen siehe Glück Bd. 22 S. 377.

3) Nach kanonischem Rechte unterschied man sponsalia de futuro — Verlöbniß — und sponsalia de praesenti — die Ehe.

4) Die Verlobung muß eine bestimmte Person betreffen. Aeußert Jemand zu drei Schwestern den Willen, eine von ihnen zu heirathen, so entsteht kein Verlöbniß, auch wenn eine oder alle das Jawort geben. Glück Bd. 22 S. 444.

5) Die Bestimmung der l. 14 D. de sponsalibus 23. 1, wonach Kinder vom 7. Jahre an gültig verlobt werden konnten, wurde durch das kanonische Recht festgehalten, cap. 4 X de desponsatione impuberum 4. 2. Sie wird aber gleichwohl von Manchen nicht für gemeinrechtlich erachtet. Siehe Glück a. a. O. S. 419 Anm. 98. In integrum restitutio gegen Verlöbnisse wegen Minderjährigkeit war zulässig. Hat jedoch der minderjährige Verlobte die Braut geschwängert, so war die Restitution ausgeschlossen, da die Aufhebung des Verlöbnisses der Braut unwiederbringlichen Nachtheil bringt. R.G. Bd. 21 S. 181.

6) l. 9, l. 14, l. 16 D. de spons. 23, 1.

7) Dies Princip spricht die l. 7 § 1 D. de sponsalibus 23. 1 aus. In Rom war hiernach der Konsens des paterfamilias der Verlobten nöthig.

8) l. 4 pr. § 1, l. 7 pr. D. de sponsalibus 23, 1. Ueber das älteste römische Recht vgl. Karlowa, römische Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 176, Hruza, Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Familienrechts I 1892 § 7.

Nach B.G.B. bedarf das Verlöbniß keiner Form.[10]

III. Die Hauptfrage des Verlöbnißrechtes ist, ob und inwieweit die Erfüllung des Verlöbnisses staatlich erzwungen wird, und ob ein Entschädigungsanspruch aus dem Bruche des Verlöbnisses erwächst?

In dieser Hinsicht war die Grundanschauung des römischen und des gemeinen Rechtes verschieden.

Das klassische römische Recht verwarf jeden Zwang zur Vollziehung der Ehe[11] und gewährte dem verlassenen Theile auch keine Entschädigungsansprüche. Ja man erklärte sogar die auf den Bruch des Verlöbnisses gesetzte Konventionalstrafe, als gegen die guten Sitten verstoßend, für nichtig.[12] Denn die Ehe sollte Sache völlig freien Entschlusses sein.

Gleichwohl ließ man später die Bekräftigung der Verlöbnisse durch Arra zu. Der Geber der Arra, welcher an dem Nichtzustandekommen des Verlöbnisses die Schuld hatte, verlor sie, der Empfänger in Schuld hatte sie in doppeltem Betrage zu restituiren.[13] Die Strafe des Doppelten ist dem gemeinen Rechte fremd.

Das gemeine Recht ging davon aus, daß der Rücktritt vom Verlöbniß nur aus guten Gründen zulässig sei.[14] Der ohne solche Gründe Verlassene erhielt gemäß kanonischen Rechtes[15] die actio matrimonialis oder ex sponsu.

Sie erstrebte nach altem gemeinem Rechte die zwangsweise Abschließung der Ehe, wobei man selbst vor einer Zwangskopulation nicht zurückschreckte.[16] Später führte sie äußerstenfalls nur zur Entschädigung des grundlos Verlassenen.[17]

---

9) Ueber die Geschichte des deutschen Verlöbnisses besteht eine reiche Litteratur. Vgl. namentlich Sohm, Eheschließung 1875; Friedberg, Verlobung und Trauung 1876, und Sohm, Trauung und Verlobung 1876.

10) Auch die bisherige Reichsgesetzgebung, soweit sie auf Verlöbnisse Bezug nahm, verstand darunter auch die formlosen. Vgl. Strafgesetzbuch § 52 Abs. 2 und § 247, ferner Strafprozeßordnung § 51 Ziff. 1, § 57. Vgl. R.G. in Strafsachen Bd. 10 S. 117.

11) l. 1 C. de sponsalibus 5, 1. Ueber das ältere röm. Recht vgl. die Anm. 8 Angef.

12) l. 134 pr. D. de V. O. 45, 1, l. 2 C. de inutilibus stipulationibus 8, 38. Vgl. B.G.B. § 1297 Abs. 2: Das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Eingehung der Ehe unterbleibt, ist nichtig.

13) l. 5 C. de sponsalibus 5, 1.

14) Scheurl a. a. O. S. 386. Vgl. B.G.B. § 1298 Abs. 3.

15) Vgl. die bei Schulte, Lehrbuch § 157 Anm. 15 angeführten Stellen.

16) Böhmer, jus eccl. prot. tom. III lib. IV tit. 1 § 54, berichtet von einer Zwangskopulation, bei welcher „der Verurtheilte sein Jawort nicht geben wollen, sondern sich vielmehr mit dem Bauch zur Erde gelegt und seinen Widerwillen beharrlich kontestiret". Es wurde gleichwohl fortgefahren und sein Konsens supplirt. Auch Exekutivstrafen durch Geld und Gefängniß kamen vor. Vgl. auch die bei Stutz S. 6 Anm. 4 Angef.

Nach B.G.B. § 1297 Abs. 1 kann aus einem Verlöbniß nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden. Nur das negative Interesse ist zu ersetzen, wenn die Nichteinhaltung des Verlöbnisses verschuldet war, §§ 1298, 1299. Die unbescholtene Verlobte, die dem Verlobten die Beiwohnung verstattet hat, kann auch eine angemessene Geldentschädigung verlangen, § 1300.

IV. Geschenke unter Verlobten sind zurückzuerstatten, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt.[18]

Geschenke an die Braut verbleiben jedoch der Braut sowie ihren Erben zur Hälfte, wenn das Verlöbniß durch den Tod eines der Verlobten vereitelt wird. Dies galt in Rom nur für Verlöbnisse, die durch einen Kuß besiegelt waren;[19] gemeinrechtlich für alle Verlöbnisse.[20]

§ 8. Die Form der Eheschließung.

I. Dem römischen Rechte genügte zur Eingehung der Ehe der Ehekonsens, d. h. der beiderseits erklärte Wille in den Ehestand zu treten. An eine Form war die Erklärung nicht gebunden, wenn auch meist die Ehe unter Feierlichkeiten eingegangen wurde. Die Einführung der Braut

17) Direkt auf Entschädigung konnte der Verlobte nur klagen, wenn sich der Beklagte durch eine Heirath oder durch sonstiges Verschulden, z. B. durch einen Selbstmord — R.G. Bd. 39 S. 188 — in die Unmöglichkeit versetzt hatte, die Ehe mit dem Kläger zu schließen. Hiervon abgesehen, ließ man nur Klage auf Abschluß der Ehe zu, wozu sich der klagende Verlobte seinerseits bereit erklären mußte. Wenn dann der Beklagte die Ehe ablehnte, kam es auch in diesem Falle zur Verurtheilung auf Entschädigung. Ueber ihre Bemessung vgl. u. a. Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 90.

18) l. 16 C. de donationibus ante nuptias 5, 3. B.G.B. § 1301 Satz 1 bestimmt: Unterbleibt die Eheschließung, so kann jeder Verlobte von dem anderen die Herausgabe desjenigen, was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern.

19) Warum soviel Gewicht auf einen bloßen Kuß legen! Viele nehmen an, in Spanien habe ein besonderes Recht bezüglich des Kusses bestanden, welches in der citierten, an den vicarius Hispaniarum erlassenen Verordnung Anerkennung gefunden. So namentlich Spangenberg, Erörterungen I n. 9 und im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 S. 269. Es scheint aber, wie aus dem römisch-syrischen Rechtsbuch L. 91 zu schließen ist, insbesondere im Orient ein Unterschied bestanden zu haben zwischen Verlobungen, bei welchen sich die Verlobten nicht früher als bei der Hochzeit kennen lernten, und Verlöbnissen, bei welchen der Gatte die Braut gesehen und geküßt hat. Solche Verlöbnisse, bei welchen sich die Verlobten menschlich nahe getreten waren, hatten natürlich eine andere Bedeutung als die ersteren. Vgl. auch Mitteis, Reichsrecht S. 225 Anm. 3. Osculum bedeutet in den Formeln der Zeit auch dos und Dotalurkunde, Brunner, die fränkisch-romanische dos S. 3. Auch das weist darauf hin, daß Verlöbniß mit Kuß ein besonders ausgezeichnetes war. Die deutsche Praxis hat nie den Beweis des Kusses unter den Verlobten gefordert, den Kuß vielmehr „präsumirt“.

20) § 1301 B.G.B. Satz 2 besagt: Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Rückforderung ausgeschlossen sein soll, wenn das Verlöbniß durch den Tod eines der Verlobten aufgelöst wird.

in das Haus des abwesenden Bräutigams als Hausfrau war daher zum Abschluß der Ehe ausreichend.[1]

II. Der bloße Ehekonsens reichte auch nach älterem kanonischen Rechte aus.[2]

Erst das tridentinische Konzil schrieb eine Form vor, nämlich die Erklärung der Eheschließung durch die Verlobten vor dem eigenen Pfarrer eines derselben und vor zwei Zeugen.[3] In ähnlicher Weise verlangte die Sitte bei den Protestanten die Kopulation durch den Pfarrer.

III. Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 verweltlichte die Form. Ihm folgt im Allgemeinen B.G.B. § 1317. Hiernach ist einer Eheschließung wesentlich die persönliche Erklärung der Verlobten, die Ehe mit einander eingehen zu wollen bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten, welcher zur Eingehung dieser Erklärung bereit ist.[4]

Es soll ein Aufgebot vorausgehen, zwei Zeugen sollen bei der Eheschließung gegenwärtig sein, die Eintragung in das Heirathsregister soll erfolgen, der Standesbeamte der zuständige sein; die Gültigkeit der Ehe ist von diesem Allen nicht abhängig.[5]

§ 9. Die sachlichen Erfordernisse der Eheschließung.

I. Die sachlichen Erfordernisse der Eheschließung sind von verschiedener Bedeutung.

1. Einige sind wesentlich; ihr Fehlen bildet daher ein trennendes Hinderniß — impedimentum dirimens —, d. h. die anscheinende Ehe ist nicht rechtsbeständig und daher richterlich zu trennen. Andere bilden nur aufschiebende Hindernisse — i. impediens tantum —, welche die Nupturienten und den Standesbeamten an der Voll-

1) l. 15 D. de condit. et dem. 35, 1. Ulpianus libro 35 ad Sabinum: Cui fuerit sub hac condicione legatum „si in familia nupsisset" videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor quamvis nondum in cubiculum mariti venerit, nuptias enim non concubitus, sed consensus facit. l. 5—7 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Hasse, Güterrecht S. 96; Scheurl a. a. O. S. 40. Vgl. aber auch unten § 25 Anm. 2.

2) Vgl. Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 159. Bloßer Konsens genügt der katholischen Kirche noch heute für die Eheschließung in Territorien, in denen das Tridentinum nicht publicirt ist; zum Theil auch bei gemischten Ehen.

3) conc. Trident. sessio XXIV cap. 1. Hinreichend ist jede — bewußte — Assistenz des Pfarrers, auch wenn sie erzwungen sein sollte.

4) Ueber die socialen Wirkungen der Zwangscivilehe vgl. Dernburg, die Phantasie im Rechte S. 24.

5) Unzulässig ist die Abschließung der Ehe unter Bedingungen oder unter Zeitbestimmungen. Ebenso B.G.B. § 1317 Abs. 2.

ziehung des Eheschlusses hindern, eine demungeachtet abgeschlossene Ehe aber nicht in Frage stellen.

2. Die trennenden Hindernisse sind wiederum von verschiedener Wirkung. Denn einige entspringen direkt dem öffentlichen Interesse. Sie begründen die Nichtigkeitsklage, durch welche auch der Staatsanwalt die Nichtigkeitserklärung der Ehe und die Trennung der Ehegatten betreiben kann. Andere gelten nur als Privatsache des Verletzten, welchem die Anfechtungsklage gegen die Ehe zusteht.[1]

II. Sachliche Erfordernisse der Ehe sind freier Wille der Nupturienten, die Einwilligung der konsensberechtigten Eltern bez. der Vormünder, endlich Fähigkeit der Nupturienten, mit einander eine Ehe einzugehen.

1. Unerläßlich ist der freie Ehekonsens willensfähiger Nupturienten.

Hiernach ist die Eheschließung durch einen Geisteskranken, welcher die Tragweite dieses Aktes nicht erkennen kann, nichtig.[2]

Irrthum ferner über die Person des anderen Theiles und über wesentliche Eigenschaften desselben,[3] nach protestantischem Rechte auch Betrug, welcher den Willen gefangen nahm,[4] Zwang[5] [6] machen die Ehe anfechtbar.[7]

2. Bezüglich des Rechts von Eltern und Vormündern zum Ehekonsens sind die Rechtsauffassungen sehr verschiedene gewesen.

In Rom galt die Zustimmung des Hausvaters zur Ehe seiner Hauskinder als unerläßlich. Ohne dieselbe war die Ehe nichtig.[8] Weigerte

---

1) Die Eintheilung der Ehehindernisse in aufschiebende und trennende und die weitere in öffentliche und in private ist in der gemeinrechtlichen Wissenschaft hergebracht. Vgl. Uihlein im Archiv für civ. Praxis Bd. 14 n. 2.

2) B.G.B. § 1325.

3) Nach katholischem Kirchenrechte ist wesentlich nur der Irrthum in der Person selbst und der error qualitatis in personam redundans, d. h. über Eigenschaften, welche die Individualität feststellen. Leonhard, Irrthum S. 411 und dort Citirte. Nach der protestantischen Praxis kommt in Betracht Irrthum über solche Eigenschaften, welche regelmäßig den Konsens bedingen. Keinenfalls aber bloßer error fortunae, d. h. über die Vermögensumstände des Verlobten. Andreae über den Einfluß des Irrthums auf die Gültigkeit der Ehe. Gött. Inaug.diss. 1893. Vgl. jetzt B.G.B. § 1333.

4) R.G. Bd. 5 S. 177. Auch Betrug hinsichtlich der Vermögensverhältnisse kann nach gemeinem Recht eine Anfechtung begründen. R.G. Bd. 18 S. 223. Anders B.G.B. § 1334 Abs. 2.

5) Ueber Zwang vgl. oben Bd. 1 § 103 Anm. 25. Das kanonische Recht stimmt im Wesentlichen mit dem römischen überein. Vgl. B.G.B. § 1335.

6) Nach B.G.B. bildet Simulation keinen Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund.

7) R.G. Bd. 9 S. 220.

8) pr. J. de nuptiis 1, 10.

der Hausvater seine Einwilligung mit Unrecht, so konnte er zu deren Ertheilung von der Obrigkeit gezwungen werden.[9]

Ganz anders das kanonische Recht. Dies sieht in der Einholung des Konsenses der Eltern zwar eine Pflicht der Pietät, aber die Ehe als Sakrament wird durch die Nupturienten auch ohne die elterliche Zustimmung unauflöslich geschlossen.[10]

Das protestantische Kirchenrecht[11] betonte die Nothwendigkeit der Einwilligung der Eltern schärfer. Eine Ehe ohne Zustimmung des Hausvaters war hiernach anfechtbar. In Fällen grundloser Verweigerung der Zustimmung bestand Klage auf richterliche Ergänzung.

Das Gesetz vom 6. Februar 1875 §§ 29 ff. verlangte für Söhne bis zur Vollendung des 25., für Töchter bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres den Konsens des Vaters; waren die Kinder vaterlos, denjenigen der Mutter. Minderjährige bedurften auch des Konsenses des Vormundes. Das B.G.B. § 1305 hat das Elternrecht bezüglich der Ehe ihrer Kinder auf das äußerste eingeschränkt. Für die Kinder wird bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres Einwilligung des Vaters, ist dieser verstorben, Einwilligung der Mutter verlangt.[12] Das Hinderniß ist ein nur aufschiebendes.

III. Persönliche Unfähigkeit, eine Ehe überhaupt oder mit einer gewissen Person zu schließen, besteht in folgenden Fällen:

1. So lange sie nicht aufgelöst oder für nichtig erklärt ist, hindert eine frühere Ehe eine neue mit einer anderen Person.[13]

2. Ehemündigkeit ist zur Eheschließung nothwendig.

Dieselbe begann nach römischen Rechte mit dem vollendeten 14. Lebensjahre bei Männern und mit dem vollendeten 12. bei Weibern;[14] ebenso nach kanonischem Rechte.[15] Nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar

---

9) l. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2 verb. „coguntur in matrimonium collocare et dotare“. Richterliche Ergänzung des väterlichen Ehekonsenses trat in Rom nicht ein, sondern prätorischer Zwang gegen den Hausvater zur Ertheilung.

10) conc. Tridentinum sess. XIV cap. 1: sancta synodus anathemate damnat, qui falso affirmant matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta irrita esse.

11) Ueber das protestantische Kirchenrecht, welches jedoch nach manchen Richtungen hin unsicher ist, vgl. Scheurl a. a. O. S. 165.

12) Dies gilt auch für großjährig erklärte Kinder. Doch können diese beantragen, daß das Vormundschaftsgericht die ihnen verweigerte elterliche Einwilligung ersetzt, B.G.B. § 1308.

13) Vgl. indessen B.G.B. § 1326: Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in einer „gültigen“ Ehe lebte.

14) pr. J. de nuptiis, 1, 10, l. 4 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

15) Das kanonische Recht läßt Dispensation von der Altersgrenze zu und er-

1875 § 28 Abs. 2 trat die Ehemündigkeit bei Männern mit dem vollendeten 20. und bei Weibern mit dem vollendeten 16. Lebensjahre ein; Dispensation war zulässig. Das B.G.B. § 1303 verlangt für Männer den Eintritt der Volljährigkeit — natürliche oder gerichtlich erklärte —, für Weiber das vollendete 16. Jahr und kennt eine Dispensation nur für Frauen.

3. Nach römischem Rechte war wegen Verwandtschaft die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten verboten, ferner mit Geschwistern und deren Abkömmlingen.[16] Wegen Verschwägerung war namentlich die Ehe zwischen den Personen untersagt, unter denen eine Art von Eltern- und Kindesverhältniß stattfindet, also zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern, Stiefeltern und Stiefkindern.[17 18]. Viel weiter ging das kanonische Recht.[19]

Das B.G.B. § 1910 Abs. 1 hält die engsten Grenzen ein. Verboten ist die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten sowie unter Geschwistern, ferner zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern jeden Grades. Das Hinderniß ist ein öffentliches, trennendes. Verwandtschaft im Sinne dieser Vorschrift besteht auch zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits. B.G.B. § 1310 Abs. 3, vgl. auch Abs. 2.

4. Verboten ist die Ehe zwischen dem wegen Ehebruchs Geschiedenen und seinem Mitschuldigen, vorausgesetzt, daß dessen Person aus dem Scheidungsurtheil erhellt. Dispensation ist zulässig. Das Hinderniß ist ein öffentliches, trennendes. B.G.B. §§ 1312, 1328.

5. Die Ehe der Adoptirenden mit dem angenommenen Kind und dessen Abkömmlingen ist, solange das Adoptivverhältniß dauert, verboten,[20] B.G.B. § 1311; doch ist dies Hinderniß nicht ein trennendes.[21 22]

---

kennt auch die Ehe von jüngeren Personen im Falle des Nachweises der Geschlechtsreife an, vgl. Schulte, Lehrbuch § 163.

16) §§ 1 ff. J. de nuptiis 1, 10, l. 17 C. eod. 5, 4. Vgl. Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 174.

17) §§ 6 ff. J. de nuptiis 1, 10.

18) Vgl. ferner l. 5 C. de incestis nuptiis 5, 5: Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus conjungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocumque modo conjugio.

19) Ueber das kanonische Recht vgl. Schulte, Lehrbuch §§ 167 ff. Das Ehehinderniß wegen Verwandtschaft betrifft Ehen unter Ascendenten und Descendenten ohne Unterschied des Grades, und in der Seitenlinie — gemäß den Beschränkungen des Lateranischen Koncils von 1215 — bis zum 4. Grade kanonischer Komputation. Die legitime Affinität ist Hinderniß bis zum 4., die illegitime — aus außerehelicher Geschlechtsgemeinschaft — bis zum 2. Grade einschließlich.

20) In Rom galt das Hinderniß als ein die Adoption überdauerndes, die Ehe als nefas, l. 55 D. de ritu nupt. 23, 2.

21) Vgl. auch B.G.B. § 1771 Abs. 1.

§ 10. Aufhebung der Ehe.

I. Die Ehe als lebenslängliche Gemeinschaft erlischt normaler Weise nur durch den Tod eines der Ehegatten.[1]

II. Die Ehescheidung ist eins der wichtigsten socialen und legislativen Probleme. Soll der lebenslängliche Bestand der Ehe bloß durch die freie Gesinnung der Eheleute getragen oder durch rechtlichen Zwang gesichert werden?

1. In Rom war die Ehe durch privaten Entschluß lösbar, und zwar nicht bloß mittels Uebereinstimmung — divortium —, sondern auch einseitig — durch repudium.[2] Wer aber die Scheidung verschuldete, verfiel in Strafe. Ursprünglich trafen ihn nur private Vermögensnachtheile zu Gunsten des unschuldigen Theiles;[3] in der christlichen Kaiserzeit gesellten sich hierzu schwere öffentliche Strafen.[4]

2. Die katholische Kirche trat hierzu in schroffen Gegensatz. Ihr gilt die leiblich vollzogene Ehe zwischen Christen für unauflöslich; nur dauernde Trennung von Tisch und Bett durch den Ehrichter ist in Fällen des Ehebruchs zulässig.[5] Auf Grund der evangelischen Lehre bildete sich ein gemeines Ehescheidungsrecht für Nichtkatholiken aus.[6] Nach demselben hatte der Richter auf Klage des verletzten Theiles die Ehescheidung wegen folgender Gründe durch Urtheil auszusprechen:

a) Ehebruch.[7]

b) Bösliche Verlassung.[8]

---

22) Nach römischem Recht war die Ehe zwischen dem Vormund und dessen Kindern mit dem Mündel verboten, l. 59, l. 60, l. 62 D. de ritu nupt. 24, 2. Dem B.G.B. ist das Verbot nicht mehr bekannt.

1) Ueber die Todeserklärung vgl. oben Bd. 1 § 51, B.G.B. §§ 1348 ff.

2) l. 2 D. de divortiis 24, 2.

3) Ulpiani fragmenta tit. VI §§ 12 und 13.

4) Das Nähere gehört in die Rechtsgeschichte. Vgl. namentlich die Novelle 97 cap. 11 und 13.

5) Die Auflösung des „matrimonium ratum, sed non consummatum", d. h. der Ehe, bei welcher Geschlechtsgemeinschaft der Ehegatten noch nicht erfolgt ist, kann durch päpstliche Dispensation, sowie durch Eintritt in einen päpstlicherseits approbirten Orden geschehen. Ist von zwei nichtchristlichen Eheleuten der eine Christ geworden, so kann dieser auch bei Lebzeiten des nichtchristlichen Theiles eine neue Ehe schließen, falls derselbe die Ehe nicht fortsetzen will oder falls die Fortsetzung der Ehe das Seelenheil des zum Christenthum Uebergetretenen gefährden würde. Vgl. Schulte, Lehrbuch § 172 und 188.

6) Vgl. oben Bd. 3 § 5. Ueber die Geschichte des protestantischen Ehescheidungsrechtes vgl. Scheurl a. a. O. S. 291.

7) Ueber die Erfordernisse des Ehebruches nach kanonischem und nach protestantischem Rechte vgl. R.G. Bd. 9 S. 189.

8) Die bösliche Verlassung setzt nach gemeinem Recht voraus, daß sich der Desertor an einen unbekannten oder dem Gerichte nicht erreichbaren Ort begiebt, und

c) Sonstiges schweres Verschulden des Gatten, welches dem anderen das eheliche Zusammenleben unthunlich macht.[9]

Unverschuldete Vorgänge waren keine Ehescheidungsgründe, auch wenn sie die eheliche Gemeinschaft hinderten. Verzeihung schloß den Anspruch auf Ehescheidung aus.

3. B.G.B. §§ 1565 bis 1568 hat sich dem protestantischen Scheidungsrecht im Wesentlichen angeschlossen. Vorausgesetzt wird grundsätzlich schweres Verschulden des einen Theils. Weiterer Scheidungsgrund ist Geisteskrankheit, B.G.B. § 1569.[10] Statt auf Scheidung kann auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geklagt werden, B.G.B. §§ 1575, 1576.

Drittes Kapitel.

Das eheliche Güterrecht.

I. Das Allgemeine.

§ 11. Das System der Gütertrennung.

I. Die Ehegatten waren nach justinianischem Rechte bezüglich ihrer Vermögen gleichberechtigt. Jeder Theil verfügte selbständig über sein Vermögen,[1] die Handlungsfähigkeit der Ehefrau wurde durch die Eheschließung nicht berührt.

Die Gatten schlossen daher wie Fremde mit einander Rechtsgeschäfte ab: z. B. Verkäufe, Vermiethungen, Darlehnsgeschäfte. Schenkungen unter Ehegatten waren aber verboten und nichtig.

Auch mit einander Prozesse führen konnten die Ehegatten. Infamirende Klagen wurden jedoch in Rom verweigert. Geschah ein Dieb-

---

daß er sich beharrlich von dem anderen Theile fernhält, R.G. Bd. 15 S. 203. Hat der böslich Verlassene, nachdem er verlassen war, die eheliche Treue gebrochen, so steht ihm gleichwohl die Ehescheidungsklage zu, R.G. Bd. 20 S. 208. Ueber bösliches Verlassen nach B.G.B. siehe § 1567.

9) Als Ehescheidungsgrund galt zuvörderst lebenslängliche Zuchthausstrafe, nach weiterer Rechtsentwickelung auch „sonstige langwierige und entehrende Freiheitsstrafe“, R.G. Bd. 1 S. 324, Bd. 5 S. 403, Bd. 9 S. 190. Ferner galten Mißhandlungen als Ehescheidungsgrund, wenn sie lebens- oder gesundheitsgefährlich waren, sog. Sävitien. Gegenseitige unüberwindliche Abneigung genügte nicht. R.G. Bd. 15 S. 188.

10) Ueber die Frage, ob nach gemeinem Recht Geisteskrankheit Scheidungsgrund war, vgl. unsere früheren Auflagen Anm. 14.

1) l. 8 C. de pactis conv. 5, 14 . . . nullo modo muliere prohibente virum in paraphernis volumus se immiscere.

stahl zwischen Ehegatten, so waren die Diebstahlsklagen nicht zulässig. Hatte aber einer dem anderen etwas mit Rücksicht auf künftige Scheidung entwendet, so gab man dem Bestohlenen eine eigene Klage zur Rückerlangung des Entwendeten, die actio rerum amotarum, welche die Natur einer condictio furtiva ohne deren Namen an sich trug.[2] Da nach gemeinem Recht der Name der Klage nichts Wesentliches mehr ist, so ist dies bedeutungslos geworden.

Die Schroffheit des Systems der Trennung der Vermögen der Ehegatten konnte zwar dadurch gemildert werden, daß der Ehegatte von Seiten der Frau eine dos erhielt, welche zur Bestreitung der Ehekosten bestimmt ist. Damit aber etwas dos wurde, bedurfte es eines besonderen hierauf abzielenden Rechtsgeschäftes.

II. Das römische eheliche Güterrecht wurde nur in einigen Theilen Deutschlands recipirt.[3]

Man hat behauptet, auch in den Territorien, in welchen das Dotalsystem recipirt wurde, sei gemäß deutscher Rechtsauffassung alles, was die Frau in die Ehe bringe, stillschweigend als dos aufzufassen.[4] Gewiß mit Unrecht. Das wäre nicht das römische System, sondern dessen Gegentheil. Das römische eheliche Güterrecht beruht auf dem Grundsatze, daß die Vermögen der Ehegatten getrennt bleiben und daß durch besondere Bestimmung festzusetzen ist, was dem Ehemanne seitens der Frau zu den Kosten der Ehe zukommt, so daß alles Andere ihr Paraphernalvermögen bleibt. Nach jener Behauptung würde sich dies umdrehen. Es würde nur das als Paraphernalvermögen gelten, was sich die Frau besonders vorbehielte.

III. Ueberwiegend erhielten sich auch nach der Reception des

---

2) l. 1, l. 2 D. de actione rerum amotarum 25, 2, Mommsen, römisches Strafrecht S. 759.

3) Ueber das Geltungsgebiet des römischen Dotalrechtes vgl. Neubauer, das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht 1878. Das Dotalrecht als gemeines Recht zu behandeln, kommt auf eine Fiktion heraus. Doch geschieht dies meist, vgl. Windscheid Bd. 2 § 491 Anm. 3. Dagegen F. Rathmann, über das eheliche Güterrecht nach heutigem gemeinen Rechte in Deutschland 1859.

4) So Windscheid Bd. 2 § 494 Anm. 13. Er führt aus: „An diesem Punkte muß verwerthet werden der durch die Geschichte des deutschen ehelichen Vermögensrechtes hinlänglich bezeugte Zug des deutschen Rechtsbewußtseins nach einer Ausprägung der Einheit der Ehegatten auch in der Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse. Der allgemeine Inhalt dieses Zuges ist, daß das Vermögen der Ehegatten in der Hand des Hauptes der Familie, des Mannes vereint sein und durch denselben den Zwecken der Ehe dienstbar gemacht werden soll: die gemeinrechtliche Rechtsform zur Befriedigung des Zuges aber ist das römische Dotalrecht." Das wäre nimmer das römische Dotalrecht, sondern ein principiell verschiedenes Recht. Solche Verquickung konnte nur schädlich sein. Gegen Windscheid vgl. u. a. Bechmann in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 n. 14; ferner Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 55 und 56, Brinz Bd. 3 S. 733.

römischen Rechts die hergebrachten ehelichen Güterrechte. Es bestand aber auf diesem Gebiet die größte örtliche Zersplitterung.

Einige Rechte beruhten auf der Verwaltungsgemeinschaft, auch System des Eingebrachten genannt. Hiernach hat der Ehemann von Rechtswegen die Verwaltung und die Nutznießung des Vermögens seiner Frau.

Nach anderen Rechten wurden mit der Eheschließung die Vermögen von Mann und Frau ein beiden gemeinschaftliches Gesammtgut, welches vorzugsweise der Verwaltung des Mannes untersteht. Außer dieser allgemeinen Gütergemeinschaft bestanden Rechte, nach welchen nur gewisse Vermögenstheile Gesammtgut wurden, insbesondere das bewegliche Vermögen der Ehegatten oder das von den Ehegatten während der Ehe Errungene.

Das gesetzliche Güterrecht des B.G.B. § 1363 ist Trennung der Vermögen von Mann und Frau mit Verwaltung und Nutznießung des Vermögens der Frau durch den Mann. Es kann aber durch Ehevertrag Gütertrennung ohne solches Recht des Mannes am Frauenvermögen eingeführt werden, nicht minder regelt das B.G.B. allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnißgemeinschaft für den Fall, daß die Ehegatten eines dieser Rechte durch Ehevertrag für sich erwählen.

Das römische Dotalrecht hat also für Deutschland keine unmittelbare Bedeutung mehr. Doch bleibt seine Kenntniß für den Juristen unerläßlich.

§ 12. Paraphernen. Mucianische Präsumtion.

1. Vermögen der Frau, welches nicht dos ist, nennt man Paraphernen,[1] Ueberlassung der Verwaltung dieses Vermögens an den Ehemann bildet ein Mandat. Der Mann unterliegt daher bei der Verwaltung den Anweisungen der Frau und ihrem Widerruf. Besonderheiten dieses Mandates sind nur, daß der Mann bloß für culpa in concreto einsteht, nicht wie der gewöhnliche Mandatar für jede leichte Verschuldung, und daß der Frau wegen ihrer Ansprüche ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Mannes zugestanden wurde.[2]

2. Auf Grund der Mucianischen Präsumtion gelten in Streitfällen die Vermögensobjekte, welche in den Händen eines der Ehegatten sind,

---

1) Vermögen, welches die Frau selbst verwaltet, nennt man wohl Rezeptizgut. Paraphernalgut heißt dann i. e. S. das in die Verwaltung des Mannes Gegebene. Diese Terminologie ist zu verwerfen.

2) l. 11 § 2 C. de pactis conventis 5, 14. Vgl. auch B.G.B. § 1430.

als dem Ehemanne gehörig, soweit die Frau nicht ihr Eigenthum nachweisen kann.[3]

II. Die dos.[1]

§ 13. 1. Begriff und Wesen.

Der Ehemann hat als das Haupt der Familie die Kosten der Ehe zu tragen, d. h. die standesmäßigen Auslagen für die Erhaltung der Frau und für die Erziehung der Kinder. Es liegt sehr nahe, daß ihm seitens der Frau, seiner Genossin, ein Beitrag hierzu gewährt wird.

Dies ist die dos, ein seitens der Frau dem Manne zur Bestreitung der ehelichen Kosten zugewendetes Vermögen, welches in der Regel der Frau nach Endigung der Ehe zu erstatten ist.

Im Allgemeinen ist hervorzuheben:

1. Meist steuert der Vater oder der väterliche Großvater die Tochter mit der dos aus, aber sie kann auch von der Frau selbst oder von Dritten herrühren. Hieran knüpft sich die Haupteintheilung der dos.

a) Die vom Vater oder väterlichen Großvater der Frau aus seinem Vermögen bestellte dos heißt profecticia. Sie beruht

---

3) l. 51 D. de donat. i. v. et u. 24, 1. Pomponius libro 5 ad Quintum Mucium: Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro . . . ad eam pervenisse; evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse. — Der Grund, den Pomponius unterstellt — Verhütung schändlichen Erwerbes — ist ein erniedrigender und würde die Präsumtion gegenüber der großen Zahl der ehrbaren Frauen zu einer Beleidigung machen. Der Satz ist in der That tiefer begründet und zwar darin, daß in der Regel der Mann es ist, welcher das Vermögen, von dem die Ehegatten leben und das sie besitzen, erwirbt. — Manche wollen die Präsumtion auf den Fall beschränken, daß zuvörderst feststehe, daß der Erwerb während der Ehe vollzogen sei. Hierfür scheint l. 6 C. de donat. i. v. et u. 5, 16 zu sprechen. Doch dieses Reskript formulirt die Regel mit Rücksicht auf den speciellen entschiedenen Fall zu eng. Würde man allgemein zur Anwendung der Präsumtion fordern, daß der Mann erst den Beweis des Erwerbes während der Ehe führe, so wäre sie nahezu werthlos. Vgl. Tenge im Archiv für civ. Praxis Bd. 45 n. 13. Seuffert Archiv Bd. 11 n. 250, 316; Bd. 19 n. 155, Bd. 30 n. 290. — Vgl. auch R.K.O. § 45. B.G.B. § 1362 besagt: Zu Gunsten der Gläubiger des Mannes wird vermuthet, daß die im Besitz eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören. Dies gilt insbesondere auch für Inhaberpapiere und für Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind. Für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere für Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräthe, gilt im Verhältnisse der Ehegatten zu einander und zu den Gläubigern die Vermuthung, daß die Sachen der Frau gehören.

1) Tit. Dig. de jure dotium 23, 3. Cod. 5, 12; Hasse, das Güterrecht der Ehegatten 1. Band 1824, unvollendet; Bechmann, Dotalrecht 1883 und 1887; Czyhlarz, Dotalrecht 1870; Brinz, Bd. 3 S. 689. Vgl. auch Brunner, die fränkisch-romanische Dos, in den Sitzungsberichten der Berliner Akademie Bd. 29, S. 545.

auf dem Verhältniß des Vaters zur Tochter; väterliche Gewalt ist nichts Wesentliches.[2]

b) Die nicht vom väterlichen Ascendenten bestellte dos heißt adventicia, mag sie nun von der Frau oder von Dritten kommen.[3]

c) Besonderer Art ist die dos recepticia, bei welcher der Besteller sich selbst die Rückerstattung der dos ausbedingt, so daß sie der Frau nach Auflösung der Ehe nicht gebührt.[4]

2. Der wesentliche Zweck der dos ist, einen Fonds zu bilden, aus welchem die ehelichen Kosten bestritten werden.

Dies ist die gemeine Meinung, welche auch den Quellen entspricht.[5] Doch hat sie neuerdings Widerspruch gefunden. Bestreitung der Ehelasten sei zwar der gewöhnliche, aber nicht der nothwendige, nur der wirthschaftliche, aber nicht der juristische Zweck der dos.[6] Unter den hierfür angeführten Gründen scheint der wichtig, daß Verträge anerkannt wurden, wonach die dos während der Ehe nicht eingeklagt werden darf. Wie kann eine erst nach der Ehe fällige dos zu den Kosten der Ehe beitragen? Doch die Zulassung solcher Verträge geschah, weil sie gehässige Prozesse zwischen dem Manne und dem Schwiegervater oder der Frau abschneiden. Geschuldet ist die dos in solchem Falle trotzdem während der Ehe, wenn auch nur naturaliter. So erklärt sich denn auch die Ungültigkeit von Dotalversprechen, welche von vornherein auf die Zeit nach der Ehe gestellt sind.[7] Der Klagezwang kann wohl während der Ehe ausgeschlossen, aber die Verbindlichkeit als solche nicht auf die Zeit nach der Ehe gestellt sein.

---

2) Den Begriff der dos profecticia entwickelt l. 5 D. h. t. 23, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum. Vgl. namentlich § 11: Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse nemini dubium est, quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit; sed ita demum si ut parens dederit: ceterum, si cum deberet filiae, voluntate ejus dedit, adventicia dos est.

3) Ulpian. fragm. VI § 3. Dos aut profecticia dicitur, id est quam pater mulieris dedit, aut adventicia, id est ea quae a quovis alio data est.

4) Ulpian. fragment. VI § 5: adventicia autem dos semper penes maritum remanet praeterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuerit, quae dos specialiter recepticia dicitur, l. 31 § 2 D. de mortis causa don. 39, 6.

5) l. 76 D. h. t. 23, 3: „nisi matrimonii oneribus serviat dos nulla est". l. 56 § 1 D. h. t. 23, 3. Vgl. l. 66 D. pro socio 17, 2.

6) Bechmann a. a. O. S. 24. Dagegen Czyhlarz a. a. O. S. 9. Brinz, Bd. 3 S. 691.

7) l. 20 D. h. t. 23, 3. Paulus libro 7 ad Sabinum: Julianus scribit valere talem stipulationem „cum morieris dotis nomine tot dari?" quia et pacisci soleant ne a viva exhibeatur, quod non esse simile accepi: aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit idque et Aristoni et Neratio et Pomponio placet. Vgl. l. 76 D. eod.

Den Kosten der Ehe zu dienen, ist allerdings nicht der einzige Zweck der dos. Sie wird namentlich Scheidungsstrafe in Fällen der Scheidung durch Schuld der Frau.

3. Die Dotirung enthält keine Schenkung an den Mann, denn er hat dafür die Kosten der Ehe zu tragen.[8]

Wohl aber ist es Schenkung an die Frau, wenn jemand, ohne hierzu verpflichtet zu sein, für sie eine dos bestellt, es sei denn, daß er sich die Rückgabe nach Endigung der Ehe ausbedingt. Immerhin wurde die gerichtliche Insinuation für die Dosbestellung erlassen, auch wenn sie zugleich eine Schenkung bildet.[9] Denn die Dotirung ist vom Rechte besonders begünstigt.

§ 14. 2. Die Geschichte des römischen Dotalrechtes.[1]

Die Geschichte des römischen Dotalrechtes zeigt drei Hauptstadien, in welchen sich die rechtliche Lage der Frau dem allgemeinen Gange der Entwickelung entsprechend stetig verbesserte.

1. In der ältesten Zeit erhielt der römische Ehemann die dos zum dauernden Eigenthume,[2] [3] und es bestand keinerlei Klagerecht der Frau auf deren Rückgabe nach Auflösung der Ehe.

8) l. 19 D. de obl. et act. 44, 7. Julianus libro 73 Digestorum: Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur qui dotem petit. l. 5 § 5 D. de doli mali exceptione 44, 4, l. 8 § 13 D. q. m. pignus solvitur 20, 6. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Quodsi in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii. Siehe jedoch auch Bechmann S. 198, ferner Czyhlarz a. a. O. S. 54.

9) Vgl. oben Bd. 2 § 108 Anm. 10, l. 31 C. h. t. 5, 12. Die Schenkung an die Frau perficirt sich freilich nur, wenn die Frau die Liberalität auch ihrerseits annimmt. Gegen die Auffassung, daß in der Dosbestellung eine Schenkung an die Frau liege, hat sich Bechmann a. a. O. S. 211 erklärt; für dieselbe Czyhlarz a. a. O. S. 65, besonders aber Burckhard, zu fragmenta Vaticana 269. 1900.

1) Ueber die Geschichte der dos vgl. Dernburg, Kompensation S. 96; Bechmann a. a. O. S. 33; Czyhlarz S. 32; Gide, du caractère de la dot. ein Anhang zu dessen von Esmein herausgegebenem Werke Etude sur la condition privée de la femme Paris 1885; Esmein, la nature originelle de l'action rei uxoriae in der nouv. revue historique de droit franç. et étrang. Bd. 17 S. 145 ff.; Cuq, les institutions juridiques des Romains 1891 S. 229, 494. Voigt in seiner 1866 veröffentlichten Festschrift glaubt eine lex Maenia de dote vom Jahre 568 entdeckt zu haben. Siehe hierüber Arndts, civ. Schriften Bd. 1 S. 442, Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 217. Sie ist ein Fabelwesen. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 2.

2) l. 1 D. h. t. 23, 3. Paulus libro 14 ad Sabinum: Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 17.

3) Dotirung war natürlich auch bei der Ehe cum manu im Gebrauch, wenn der Vater seine Tochter verheirathete. Begab sich eine Frau sui juris in eine Ehe cum manu, so war zwar ihr Vermögen von Rechtswegen Eigenthum des Mannes und von wahrer dos nicht die Rede, doch erhielt die Frau nach ähnlichen Grund-

Allerdings betrachtete man auch damals in der römischen Gesellschaft die dos als Frauengut — res uxoria. Doch hatte diese Auffassung noch keinen unmittelbaren Einfluß auf das Recht. Wohl aber wurde es in Folge dessen herkömmlich und galt als Anstandspflicht, daß der Ehemann auf den Fall seines Todes der überlebenden Frau die dos oder Aequivalente derselben testamentarisch vermachte.[4] Scheidungen ferner wurden nach alter Sitte vom Ehemanne nicht ohne Befragen eines Familienrathes vorgenommen.[5] Dieser befand naturgemäß, falls er die Scheidung billigte, zugleich auch darüber, ob und inwieweit der Frau ihre dos zurückzuerstatten sei — ein Gutachten, welches den Mann zwar nicht rechtlich verband, dem er sich aber thatsächlich nicht leicht entziehen konnte.

2. Mit der Lockerung der Sitten nahmen seit dem sechsten Jahrhundert der Stadt die frivolen Ehescheidungen überhand.

Nunmehr kamen cautiones rei uxoriae auf, wodurch sich der Mann bei Eingehung der Ehe zur Rückerstattung der dos für den Fall der Ehescheidung verpflichtete. Ferner aber ertheilte fortan der Prätor ediktmäßig der Frau die actio rei uxoriae zunächst in Fällen der Ehescheidung,[6] dann auch des Vorversterbens des Ehemannes.[7] Der vom Prätor ernannte arbiter hatte dieselbe Aufgabe wie der vor Zeiten vom Ehemanne berufene Familienrath. Denn die Klageformel wies ihn an, der Frau von ihrer dos zuzusprechen, was gut und billig sei. Er ent-

---

sätzen wie bei wahrer dos nach Auflösung der Ehe einen Rückforderungsanspruch. Vgl. Cicero, topica cap. 4 § 23.

4) Ueber die bezüglichen Vermächtnisse siehe Tit. Dig. de dote praelegata 33, 4: Esmein in seinen mélanges d'histoire du droit. Paris 1868 „Le testament du mari et la donatio ante nuptias."

5) Nach Valerius Maximus II 9 § 2 wurde L. Antonius im Jahre 446 der Stadt aus dem Senate gestoßen, weil er sich von seiner Frau schied „nullo amicorum in consilium adhibito".

6) Gellius, noctes atticae VI cap. 3: memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse.

7) Nach dem Edikte „de alterutro" hatte die Frau nur die Wahl, ob sie die ihr von ihrem Manne gemachten letztwilligen Zuwendungen, oder ob sie die actio rei uxoriae beanspruchen wolle, l. un. § 3 a C. de rei uxoriae a. transfusa 5, 13, l. 7 pr. C. Theod. de testamentis 4, 4; Czyhlarz a. a. O. S. 476. Das Edikt bezog sich auf alle letztwilligen Zuwendungen des Mannes an die Frau, also auch auf solche, welche keinen Bezug auf die dos hatten. Mit Recht bemerkt Esmein, mélanges a. a. O., daß der Grundgedanke war, die Frau müsse wählen zwischen dem alten Rechte, gemäß dessen der Ehemann testamentarisch ihre Stellung nach seinem Ermessen regelte, und dem neuen Rechte, welches ihr Rechtsansprüche auf Erstattung der dos unabhängig von den Anordnungen ihres Mannes gewährte. Die actio rei uxoriae galt eben ursprünglich als etwas Außerordentliches, als eine Hülfe für den Nothfall. Justinian hob das edictum de alterutro auf. Denn die von ihm gegebene Dotalklage hat einen ganz anderen Charakter als die actio rei uxoriae des vorjustinianischen Rechtes.

schied hierüber mit freiestem Ermessen, wie ein Censor.[8] [9] Das Klagerecht war ein außerordentliches, höchst persönliches der Frau.[10] Auf ihre Erben ging es nur über, wenn die dos bereits von ihr selbst eingefordert war.[11]

Starb die Frau in der Ehe, so behielt der Mann die dos. Jedoch stellte sich fest, daß er die dos profecticia an den Besteller zu erstatten habe, wenn dieser seine Tochter überlebte.[12]

3. Die Ansprüche der Frau wurden durch die Gesetzgebung des Augustus konsolidirt.[13] Sie ohne Zweifel setzte die Abzüge von der dos — retentiones — welche bisher der schuldigen Frau nach richterlicher Willkür gemacht waren, auf feste Quoten.[14] Sie hat ferner der Frau eine wesentliche Sicherung dadurch gewährt, daß die Veräußerung der zur dos gegebenen italischen Immobilien verboten wurde.

Ueberhaupt ging der Zug der Kaiserzeit dahin, die Befugnisse der

8) Gellius, noctes atticae X cap. 23 referirt aus der Rede des älteren Cato „de dote" die Worte „vir cum divortium fecit mulieri judex pro censore est, si quid perverse tetreque factum est a muliere multatur." Voigt, lex Maenia S. 24 Anm. 31 erachtet hier den Ehemann als den judex. Die vorausgehenden Worte von Gellius: „Cato non solum existimatas, sed multatas quoque a judice mulieres refert" weisen, wie Voigt selbst fühlt, auf das Gegentheil hin.

9) Es sind uns die entscheidenden Worte der Formel „quod ejus aequius melius erit" überliefert, an welche sich der Kondemnationsbefehl schloß. Ihnen mögen etwa die Worte vorausgegangen sein „quod Aa Aa a No No dotem repetit. Die Rekonstruktion Lenels edictum S. 243 lautet: si paret Nm Nm Aae Aae dotem partemve ejus reddere oportere, quod ejus aequius melius erit condemna. Dies halte ich aus inneren und äußeren Gründen für unmöglich. Denn wenn dem Richter aufgegeben wird, zu untersuchen was der Mann der Frau zu leisten schuldig ist — oportet —, so ist es inkonsequent, daß er dann nicht hierauf verurtheilen soll, sondern auf das, was ihm gut dünkt. Lenel freilich hält es für unbegreiflich, daß die Formel der Dotalklage dem Richter den unbedingtesten Spielraum gelassen habe. Aber dies entspricht den Quellenzeugnissen. Das freieste Ermessen bestünde zudem auch nach der Formel Lenels. Die positive Regelung der Dotalabzüge steht nicht im Widerspruche, sie gehört erst der Kaiserzeit an. Wegen derartiger Weiterbildung pflegte man in Rom die überkommenen Formeln nicht zu ändern.

10) Die Ansicht von Esmein a. a. O., daß die Klage ursprünglich Pönalklage wegen der ungerechtfertigten Ehescheidung durch den Mann war, hat sehr viel für sich.

11) Ulpiani fragm. Tit. VI § 7. Vat. fragm. § 112.

12) Ulpiani fragm. Tit. VI § 4. Vat. fragm. § 108. l. 6 pr. D. h. t. 23, 3.

13) Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 335.

14) Ulpiani fragm. VI § 9: Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas. Abzüge propter liberos fanden statt, wenn die Frau die Schuld der Ehescheidung hatte. Sie betrugen ein Sechstheil für jedes Kind, jedoch nie mehr als drei Sechstel, die Abzüge propter mores setzten gleichfalls Schuld der Frau voraus, sie gingen im Falle des Ehebruchs auf ein Sechstel, sonst auf ein Achtel der dos. Der Ehemann, welcher sich gegen die Frau verfehlte, wurde dadurch bestraft, daß er die dos zurückgeben mußte, ohne daß ihm die sonst gesetzlichen Rückzahlungstermine zu gute kamen.

Frau bezüglich der dos möglichst zu steigern. Der Einfluß der provinziellen Rechte ist hierbei unverkennbar.[15]

Insbesondere wurde es immer mehr Sitte, der Frau und ihren Erben beim Eheschluß durch besondere Stipulationen ein unverkürztes Recht auf die dos zu verschaffen.

4. Hier knüpfte Justinian an. Er stellt die Frau von Rechtswegen so, wie wenn sie die günstigsten Eheverträge abgeschlossen hätte. In dieser Absicht gewährt er ihr eine ordentliche und vererbliche actio tacita ex stipulatu an Stelle der außerordentlichen und höchstpersönlichen actio rei uxoriae.

Es ist also jetzt die dos regelmäßig der Frau oder ihren Erben nach Auflösung der Ehe zurückzuerstatten. Sie verbleibt jedoch dem Manne, wenn die Frau die Schuld an der Scheidung der Ehe trägt.

Justinian begünstigt ferner die Frau durch gesetzliche privilegirte Pfandrechte, welche er dem hergebrachten Konkursprivilegium der Dotalklage hinzufügte. Dazu giebt er ihr außer der persönlichen Klage auf Rückerstattung eine Vindikation der noch existirenden Dotalsachen.[16]

Hiernach ist der Ehemann auch im jüngsten Rechte Eigenthümer der Dotalsachen; doch materiell gehen seine Befugnisse nicht viel über die eines Nießbrauchers hinaus.

III. Die Begründung des Dotalverhältnisses.

§ 15. a) Die gesetzliche Dotationspflicht.

I. Der Ehemann hat keinen gesetzlichen Anspruch auf Dotation. Wohl ist ihm seine Frau, welche die Mittel dazu besitzt, zur Dosbestellung social — naturaliter — verbunden. Doch eine rechtliche Verbindlichkeit der Frau hierzu besteht nicht;[1] vielmehr ist es Sache der Gatten, dies unter sich zu ordnen.

II. Dagegen hat die Frau vor wie nach Abschluß der Ehe einen gesetzlichen Anspruch auf eine Dotation, d. h. auf Gewährung einer dos an ihren Mann:[2]

15) In dem unter Kaiser Galba durch den Statthalter von Egypten erlassenen Edikte des Tiberius Julius Alexander erscheint die dos ohne Zweifel nach dortigem Provinzialrechte nicht als Eigenthum des Ehemannes. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 111. Ebenso war es nach griechischen Rechten, vgl. hierüber Mitteis, Reichsrecht S. 230.

16) Vgl. unten § 20 Anm. 7.

1) l. 32 § 2 D. de condictione indebiti 12. 6.

2) Die Klage steht also der Frau zu und nicht dem Manne, es sei ihm denn die Forderung der Frau cedirt; die Bestellung der dos hat aber an den Mann und nicht an die Frau zu geschehen.

a) gegen ihren Vater oder väterlichen Großvater.[3] Die Verpflichtung ist nicht durch väterliche Gewalt bedingt.[4] Sie besteht zwar nicht, wenn die Tochter genügendes eigenes Vermögen zur Dosbestellung hat; aber auch dann gilt eine vom Vater bestellte dos im Zweifel als aus dessen eigenem Vermögen und nicht aus dem Vermögen der Tochter gegeben, welches er verwaltet.[5]

b) Auch die Mutter ist in Fällen dringenden Bedürfnisses zur Dotation ihrer Tochter verbunden.[6 7 8]

c) Nach kanonischem Rechte muß der Schwängerer die geschwächte Jungfrau heirathen und dotiren. Anstatt dessen forderte die gemeinrechtliche Praxis Heirath oder Dotirung.[9]

Die Dotationspflicht des Schwängerers ist von anderer Art als diejenige der Eltern. Denn diese Dotation ist an die Geschwächte selbst

---

3) Die Verpflichtung des Vaters, seine Tochter zu dotiren, war ursprünglich nur eine sociale; eine gesetzliche wurde sie erst in der Kaiserzeit, l. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Der Hergang dürfte folgender gewesen sein. Die lex Julia de maritandis ordinibus erklärte magistratischen Zwang für zulässig, wenn die Eltern ihre Kinder mit Unrecht am Heirathen hinderten. Die Interpretation erblickte ein derartiges Hinderniß schon darin, daß man der Tochter die übliche, den Verhältnissen entsprechende dos nicht mitgab. Dies bestätigten Severus und Caracalla. Anders Czyhlarz S. 172 und dort Citirte.

4) Da selbst die Mutter, wenn auch nur aus besonderen Gründen, zur Dosbestellung verbunden ist, so ist gewiß der Vater dotationspflichtig, auch wenn er nicht mehr Gewalthaber ist; vgl. auch l. 7 D. de dotis collatione 37, 7 und l. 7 C. de dotis promissione 5, 11.

5) l. 5 § 12 D. h. t. 23, 3, l. 7 C. de dotis promissione 5, 11.

6) l. 14 C. de jure dotium 5, 12. Diocletianus et Maximianus: Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa. Durch besondere Gesetzbestimmung wurde die ketzerische Mutter verpflichtet, die orthodoxe Tochter zu dotiren. l. 19 § 3 C. de haereticis 1, 5.

7) Die Verbindlichkeit der gesetzlich zur Dotation verbundenen Eltern ist eine höchstpersönliche. Nur wenn die Klage bereits gegen sie erhoben war, sind deren Erben haftbar. Der Umfang der Dotationspflicht bemißt sich nach den Vermögensverhältnissen des Verpflichteten, sowie der Zahl der von ihm auszustattenden Kinder, auch die Verhältnisse des zu dotirenden Ehemannes kommen, wenn auch nur sekundär, in Betracht. Eine Verpflichtung zur erneuten Dotation — Redotation — ist im Falle des Ueberganges zu einer neuen Ehe dann anzunehmen, wenn die Tochter die früher ihr gegebene dos nicht mehr hat, ohne daß ihr dolus oder culpa lata zur Last fällt.

8) Ueber die Verpflichtung der Eltern, ihrer Tochter im Falle ihrer Verheirathung eine Aussteuer zu gewähren, nach B.G.B. vgl. §§ 1620 ff. das.

9) c. 1 X. de adulteriis 5, 16. Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Dies entsprechend 2. Mos. XXII. 16, 17. Schon seit dem 15. Jahrhundert legte der Gerichtsgebrauch die Worte dahin aus „duc aut dota". Alle geschlechtlich Unbescholtenen haben den Anspruch, seien sie nun als Jungfrauen oder Wittwen verführt. Gemeinrechtlich genügt Verführung, auch wenn sich keine Schwangerschaft anschließt, doch fordern diese viele Partikularrechte. Die Klage hat den Charakter einer Schadensklage, sie steht nur der Verführten selbst zu, geht aber auch gegen die Erben des Verführers. Vgl. Stobbe Bd. 3 § 204. Die entsprechenden Bestimmungen des B.G.B. siehe das. §§ 825, 847, 1300, 1715.

zu leisten. Sie ist ferner unabhängig davon, ob dieselbe eine Verheirathung in Aussicht hat, und kann nicht zurückgefordert werden, wenn sie sich nicht verheirathen sollte.

§ 16. b) Die Dosbestellung.

1. Die dos ist dem Ehemanne zu bestellen. Ihm kommt sie auch zu, wenn er in väterlicher Gewalt steht. Dann tritt sie aber als Adventizgut in den Nießbrauch und in die Verwaltung des Vaters, und diesem liegt der Unterhalt des Hausstandes der Eheleute ob.[1]

Die dos ist dem Manne auch dann bestellt, wenn deren Auszahlung auf seine Rechnung und nach seinem Willen an einen Dritten geschah, so daß dieser der Eigenthümer wird.

2. Bestellen kann die dos jeder, also die Frau, ihre Eltern, Dritte. Man ist Besteller der dos, auch wenn sie ein Anderer für uns leistet.

3. Gegenstand der dos kann Alles sein, was einen Vermögenswerth hat und übertragbar ist.

Dotalgegenstände sind namentlich körperliche Sachen, ferner dingliche Rechte an solchen, insbesondere Nießbrauchsrechte,[2] sei es, daß für den Ehemann ein Nießbrauch begründet oder daß ihm ein bestehender Nießbrauch der Ausübung nach übertragen wird, nicht minder Forderungen,[3] litterarische und andere Urheberrechte. Die Dotirung kann durch Verzichte, insbesondere durch Erlaß von Forderungen geschehen, die gegen den Mann bestanden.[4] Es können die gesammten Vermögensrechte des Bestellers, namentlich der Frau, zur dos gewidmet werden.[5] [6]

Häufig geschieht das Einbringen unter einer Schätzung.[7] Diese

1) Selbstverständlich wurde die dos nach altem Rechte Eigenthum des Gewalthabers des Ehemannes. Nach justinianischem Rechte muß sie Adventizgut werden, soweit sie nicht a patre des Mannes kommt. Doch sind die Ansichten getheilt. Vgl. einerseits Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 45, 283, andererseits Brinz Bd. 3 S. 694.

2) l. 78 § 2 D. h. t. 23, 3. Auch durch Verzicht auf einen Ususfrukt des Dosbestellers an einem Grundstücke des Mannes kann die Dotirung geschehen. l. 78 pr. § 1 D. h. t. 23, 3.

3) l. 2 C. de obligationibus 4, 10.

4) l. 43 pr. § 1 D. h. t. 23, 3.

5) l. 72 pr. D. h. t. 23, 3. Hierin liegt keine Universalsuccession. Vielmehr bleibt der Besteller der Schuldner der Passiva des Vermögens und kann die zu deren Tilgung nöthigen Beträge zurückhalten.

6) Eine dos kann auch in der Art bestellt werden, daß man ein Legat zu Gunsten des Ehemannes, welcher der Erbe ist, ausschlägt oder auf eine Erbschaft zum Vortheil des Ehemannes, welcher Substitut oder Intestaterbe ist, verzichtet; l. 14 § 3 D. de fundo dotali 23, 5. Vorausgesetzt ist natürlich auch in diesen Fällen die Zustimmung des Mannes dazu, daß das in Folge des Verzichtes ihm Zufallende dos sei.

7) Ueber die s. g. dos aestimata vgl. Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 212;

wirkt in der Regel wie ein Verkauf;[8] daher spricht man von einer dos venditionis causa aestimata. Dabei gilt die Schätzungssumme statt des Inferirten als das Dotalobjekt, und deren Betrag ist nach Auflösung der Ehe zu erstatten. Daraus folgt, daß dem Ehemanne die Abnutzung der inferirten Objekte und selbst die Gefahr ihres zufälligen Unterganges und Verderbes zur Last fällt, andererseits aber auch alle Vortheile aus denselben verbleiben. Natürlich ist die Schätzung auch in anderem Sinne möglich, z. B. um eventuell die Höhe des Ersatzes zu bestimmen, falls der Ehemann schuldhafterweise die Dotalobjekte nicht restituiren sollte.[9]

4. Die Dotirung vollzieht sich

a) durch unmittelbare Uebereignung der Dotalobjekte — dotis datio — und sonstige direkte Verwirklichung der Zuwendung, z. B. durch Cession einer Forderung oder Erlaß einer solchen,

b) durch Versprechen. Dasselbe forderte in der klassischen Zeit entweder eine Stipulation oder eine Zusage des Bestellers — dictio — und deren Annahme.[10] Schon in der christlichen Kaiserzeit aber genügte formloser Vertrag — pollicitatio.[11] [12]

Czyhlarz a. a. O. S. 151 und in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 20 n. 1; Sternberg, Beiträge § 2.

8) Einerseits heißt es „aestimatio venditio est“ l. 10 § 6 D. h. t. 23, 3 Ulpianus libro 34 ad Sabinum, vgl. l. 14 und l. 15 D. eod., l. 10 C. h. t. 5, 12; andererseits erfahren wir von Ulpian l. 16 D. eod., sie sei „non simplex venditio sed dotis causa“. Deshalb ist unter anderem eine dem Sachwerthe der inferirten Sache nicht entsprechende Schätzung anfechtbar.

9) l. 50 D. soluto matrimonio 24, 3. Es kommt auch der Vertrag vor, daß entweder die Taxsumme oder die inferirte Sache zurückzuerstatten ist. Dann hat in der Regel der Mann als Schuldner nach den Grundsätzen der Alternativobligationen die Wahl. In diesem Falle trägt er zwar die Gefahr des zufälligen Unterganges der inferirten Dotalsachen, durch welchen die Obligation zur einfachen wird, aber nicht die der Abnutzung und der zufälligen Verschlechterung, denn er kann die eingebrachten Sachen, auch wenn sie abgenutzt oder zufällig verderbt sind, zurückgeben. Andere Konsequenzen ergeben sich, wenn der Frau das Wahlrecht zwischen den Sachen und der Schätzungssumme durch den Vertrag eingeräumt wird.

10) Ulpiani fragm. VI. § 1. Dos aut datur aut dicitur aut promittitur. § 2. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est et debitor mulieris, si jussu ejus dicat: item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater avus paternus dare promittere dotem omnes possunt. Die dotis dictio diente auch zum Schulderlaß. Uebrigens ist sie vielfach dunkel. Die neueste Besprechung ist von Bernstein in den Festgaben der Berliner Juristen für Beseler 1885 S. 79 ff.; vgl. Kohler in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 33 S. 135, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 201.

11) Nach l. 6 C. h. t. 5, 11 bedarf es „in pollicitatione rerum dotalium“ der Stipulation nicht. Diese Pollicitation ist nicht, wie Manche annehmen, ein einseitiges, nicht acceptirtes Versprechen im Sinne der l. 3 D. de pollicitationibus 50, 12, oben Bd. 2 § 9. Denn die Dosbestellung begründet Verpflichtungen auch des Mannes und ist daher ohne dessen Acceptation nicht zu vollziehen. Unter der pollicitatio dotis ist vielmehr ein formloser Vertrag zu verstehen, eine Be-

Mit dem Vertragsschluß ist der Mann dotirt. Denn sein Vermögen ist jetzt durch ein Forderungsrecht vermehrt. Die Auszahlung des Versprochenen ist Tilgung einer Schuld. Das Gezahlte wird aber Gegenstand der dos.[13]

Regelmäßig sind Dotalversprechen vom Eheschluß an fällig. Von da ab kann der Besteller durch Mahnung in Verzug gesetzt werden. Auch ohne Mahnung werden Früchte und Zinsen mit dem Ablauf von zwei Jahren seit Abschluß der Ehe geschuldet.[14]

5. Das seitens der Frau in die Ehe Gebrachte ist nur dos, wenn die Absicht der Betheiligten auf eine Dotirung ging. Mit ausdrücklichen Worten muß diese Absicht nicht erklärt sein.[15]

6. Der Besteller der dos haftet dem Manne wegen Eviktion der Dotalobjekte:

a) wenn dieselben venditionis causa geschätzt wurden, nach den Regeln des Verkaufes,

b) im Falle eines Dolus,

c) wenn sich der Besteller besonders wegen Eviktion verpflichtet hat.[16]

7. Die Dosbestellung geschieht nicht selten vor dem Eheschlusse. Dann kann das Dotalobjekt unmittelbar Vermögen des Mannes werden; zur dos wird es gleichwohl erst mit dem Eheschlusse.[17] Kommt

---

deutung, welche das Wort pollicitatio sehr häufig hat. Vgl. Schloßmann, Vertrag S. 153, Brinz Bd. 3 S. 730.

12) Häufig behauptet man, das Versprechen einer dos sei verbindlich, auch wenn es Inhalt und Umfang des Versprochenen ganz offen lasse. Das geht zu weit. Man muß vielmehr die allgemeinen Grundsätze für unbestimmt lautende Versprechen auch hier anwenden; vgl. oben Bd. 2 § 15. Verspricht also, wer zur Bestellung in einem gewissen Maße nach den socialen Ansichten als verbunden gilt, eine dos in unbestimmter Weise, thut dies namentlich der Vater der Frau, so ist anzunehmen, daß zugesagt werden soll, was nach Herkommen und Brauch unter den bezüglichen Verhältnissen geleistet zu werden pflegt. l. 69 § 4 D. h. t. 23, 3. Erklärt aber ein Dritter in ganz unbestimmter und vager Weise, eine dos bestellen zu wollen, so ist dies illusorisch, eine Redensart; denn es fehlt an jedem Maßstabe dafür, was er leisten wollte und wozu er verurtheilt werden kann. l. 1 C. de dotis promissione 5, 11. Anders ist es wiederum, wenn der Frau eine angemessene, den Verhältnissen entsprechende dos zugesagt wird. Dann ist der Umfang der dos zu bemessen nach den Bedürfnissen der Gatten und ihrem Stande unter Berücksichtigung der Stellung des Versprechenden zu den Eheleuten und unter Beachtung seiner Vermögensverhältnisse. Siehe l. 3 C. h. t. 5, 11; vgl. übrigens Brinz Bd. 3 S. 734.

13) l. 31 §§ 5—8 C. h. t. 5, 12.

14) Dem Besteller der dos stand in der Regel gegenüber der Klage des Ehemannes das beneficium competentiae zu, l. 17 pr. § 1 D. soluto matrimonio 24, 3. Vgl. aber auch l. 84 D. h. t. 23, 3.

15) Ueber besondere Fälle, in denen man das Einbringen der dos als selbstverständlich ansah, vgl. l. 24, l. 30, l. 40, l. 64 D. h. t. 23, 3. Siehe überhaupt Bechmann in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 n. 14.

16) Die Haftung für Eviktion der Dotalsachen ist sehr bestritten. Vgl. darüber unsere früheren Auflagen.

es nicht dazu, so hat der Besteller wegen Vereitelung des Zweckes der Uebereignung eine condictio auf Rückgewähr.

Die Uebertragung kann aber auch durch die Eheschließung bedingt werden, so daß sie sich erst mit ihr vollzieht.

Uebereignung körperlicher Sachen zur Dotirung vor der Ehe gilt im Zweifel als unbedingt, Versprechen[18] und Schulderlaß[19] als durch den Eheschluß bedingt.

8. Die dos bildet ein besonderes Vermögen, welches wächst und sich mindert. Seine Bestandtheile können wechseln:

a) von Rechtswegen, also ohne den Willen der Ehegatten, z. B. in Folge einer Expropriation der Dotalsachen gegen Entschädigung,[20]

b) durch Uebereinkunft von Mann und Frau über den Umtausch der Dotalobjekte — permutatio dotis.[21][22] Solche Geschäfte verbinden die Frau nicht, sofern sie durch dieselben beeinträchtigt wird.

§ 17. c) Die Dotalverträge.[1]

Die Vertragsfreiheit ist bezüglich der Dotalverhältnisse wesentlich beschränkt.

1. Dotalverträge sind nichtig, wenn sie gegen Grundprincipien des Dotalrechtes verstoßen. Dahin gehört die Vereinbarung, daß der Mann allen Ertrag, den er aus der dos während der Ehe gewinnt,

17) l. 7 § 3 D. h. t. 23, 3 und l. 8 D. eod. Callistratus libro 2 quaestionum: Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi, ut statim res sponsi fiant et. nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur, l. 6 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.

18) l. 21 D. h. t. 23, 3. Ulpianus libro 35 ad Sabinum: Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se condicionem hanc „si nuptiae fuerint secutae", et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa condicio, si nuptiae, constat. l. 83 D. h. t. 23, 3.

19) l. 43 D. h. t. 23, 3.

20) Vgl. l. 78 § 4 D. h. t. 23, 3.

21) l, 26, l. 27 D. h. t. 23, 3.

22) l. 54 D. h. t. 23, 3. Gajus ad edictum praetoris titulo de praediatoribus besagt: Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. Brinz Bd. 3 S. 723 lehrt hiernach ohne weiteres: „durch Anschaffung aus den Dotalgeldern treten die gekauften Sachen an Stelle des Geldes". Der Satz ist unmöglich. Oder soll er auch zum Nachtheil der Frau gelten, wenn der Mann aus den Dotalgeldern werthlos gewordene Objekte angeschafft hat? In offenem Widerspruch ist denn auch l. 12 C. h. t. 5, 12. Wenn die Ehefrau den Gläubigern des Mannes gegenüber die Dotaleigenschaft von Objekten in Anspruch nimmt, die ihr Mann angeblich für die dos angeschafft hat, so kann sie diese Behauptung durch den Nachweis plausibel machen, daß die Anschaffung aus Dotalmitteln geschah. Nichts Anderes ist aus l. 54 herauszulesen.

1) Tit. Dig. de pactis dotalibus 23, 4. Cod. de pactis conventis 5, 14. Bechmann Bd. 2 S. 379; Czyhlarz S. 429; Brinz Bd. 3 S. 758; Beldimano, de pactis dotalibus. Inauguraldissertation. Berlin 1877.

nach Auflösung derselben erstatten soll:[2] wo bliebe ihm dabei der Beitrag zu den Kosten der Ehe? Auch der Verzicht des Mannes auf Anrechnung seiner Verwendungen auf die dos ist nichtig, denn solche Verwendungen mindern die dos von Rechtswegen.[3]

2. Ferner wurden Dotalverträge verworfen, welche die Rechtsstellung der Frau ungebührlich verschlechtern.[4] [5] Insbesondere ist hiernach nichtig der absolute Verzicht der Frau auf Rückerstattung der dos auch für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes.[6] Wohl aber darf die dos dem Manne für den Fall der Ehescheidung zugesichert werden, sofern ihm Kinder aus der Ehe verbleiben,[7] nicht minder für den Fall der Trennung durch den Tod der Frau, auch wenn die Ehe kinderlos ist.[8]

Bei der Bestellung der dos durch Dritte, welche zur Dotirung nicht verpflichtet sind, tritt eine Kollision der Erwägungen ein. Man will die Dritten nicht zurückschrecken, dennoch aber das Wohl der Frau möglichst fördern.

Dritte Besteller können daher bei der Dotirung oder auch später bis zum Eheschlusse die Rückerstattung der dos zu ihren Gunsten mit dem Manne vereinbaren, dieselbe auch beliebigen Dritten versprechen lassen.[9] Nachher bedarf es zu Vereinbarungen des Bestellers und des

2) Nicht unzulässig ist der Vertrag, wonach zwar die Früchte das Dotalvermögen vermehren, aber der aus den Dotalfrüchten gewinnbare Ertrag dem Manne verbleiben soll. l. 4 D. h. t. 23, 4.

3) l. 5 § 2 D. h. t. 23, 4. Ueber den Verzicht des Mannes auf das beneficium competentiae vgl. l. 14 § 1 D. soluto matrimonio 24, 3.

4) Vgl. l. 17 D. h. t. 23, 4.

5) Es kann unter anderem nicht zum Nachtheil der Frau ausgemacht werden, daß der Ehemann nur für Dolus haften solle, l. 6 D. h. t. 23, 4.

6) l. 12 § 1 D. h. t. 23, 4, l. 2 D. eod., l. 1 § 1 D. de dote praelegata 33, 4, l. 3 C. h. t. 5, 14. — l. 16 D. h. t. 23, 4. Paulus libro 35 ad edictum: Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest, non magis, quam ne omnino reddatur.

7) l. 1 § 1 D. de dote praelegata 33, 4. Ulpianus libro 19 ad Sabinum ... quod est admissum posse deteriorem condicionem dotis fieri intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens — ipsa in matrimonio decedit vel — divortium intervenit.

8) Meist erachtet man den Vertrag de lucranda dote auch für den Fall des Versterbens der Frau in der Ehe nur unter der Voraussetzung einer bekinderten Ehe für gültig. So Czyhlarz a. a. O. S. 432; dagegen aber Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 441 und zwar mit Recht. Die l. un. § 6 C. de rei uxoriae a. 5, 13 läßt derartige Verträge für den Fall des Versterbens der Frau in der Ehe ohne Beschränkung zu. Dagegen kann die ungeschickte Interpolation der Worte „ipsa in matrimonio decedit vel“ in der l. 1 § 1 D. de dote praelegata 33, 4 — oben Anm. 7 — nicht ins Gewicht fallen.

9) l. 29 pr. D. soluto matrimonio 24, 3. Ulpianus libro 3 disputationum: Quotiens pater dotem dat et stipulatur, ita demum in suam personam de dote

Ehemannes über die dos auch der Zustimmung der Frau, da diese mit der Eheschließung das Recht auf die dos erworben hat.[10] Vereinbarungen, wodurch der Mann zum Nachtheil der Frau ungebührlich begünstigt würde, können dritte Besteller selbst bei der Dotirung nicht gültig abschließen.[11]

IV. Die Rechtsverhältnisse während der Ehe.

§ 18. a) Die Rechte des Ehemannes.

Der Ehemann ist der Eigenthümer der Dotalsachen.

Allerdings hat die Frau weitgehende Rechte bezüglich ihrer dos. Aber ein doppeltes Eigenthum an der dos einestheils des Mannes und anderentheils der Frau, wie es früher Viele annahmen und noch heute Manche vertheidigen, besteht um deswillen nicht.[1]

Nicht minder unhaltbar ist die Annahme, die früher Anhänger fand, daß der Mann nur Nießbraucher der dos sei. Materiell ist er allerdings durch die Rechte der Frau so beschränkt, daß ihm nicht viel

---

actionem transfert, si ex continenti stipuletur: ceterum si interposito tempore stipulari velit, non nisi consentiente filia poterit, quamvis in potestate sit quia deteriorem condicionem in dote filiae facere non potest, nisi consentiat. plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo. ante nuptias tamen, et citra voluntatem quoque filiae stipulari. Die Tragweite dieser Stelle ist sehr bestritten. Vgl. darüber unsere früheren Auflagen.

10) Die Zustimmung der Frau ist nur soweit für sie verbindlich, als sie ihre Lage nicht unbillig verschlechtert. l. 7 C. sol. matr. 5, 18. Geht der Inhalt des Vertrages daher dahin, daß der Mann die dos im Fall der Scheidung lukriren soll, und stimmt die Frau zu, so gilt das ihr gegenüber nur, wenn dem Manne Kinder verbleiben. Hieraus erklärt sich wohl l. 40 D. h. t. 24, 3. Die Meinungen sind aber sehr getheilt. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 445.

11) l. 3 C. de pactis conventis 5, 14. Czyhlarz a. a. O. S. 440. Brinz Bd. 3 S. 761 Anm. 19.

1) Schon die Glossatoren stritten darüber „dotis dominium utrius sit, mariti an uxoris?“ Hänel, dissensiones dominorum p. 436. Doch waren sie zu gute Romanisten, um sich trotz etwelcher Bedenken der Anerkennung des vollen Eigenthums des Mannes zu entziehen. Häufig führt man auch Cujacius als Vertheidiger des Eigenthumes des Mannes an. Das ist unrichtig. Observationes lib. X. cap. 32 erklärt er vielmehr „mulier jure naturali est domina dotis, maritus fictione juris civilis. Duo igitur dotis domini, unus verus, alter fictitius, ut alibi unus bonitarius, alter quiritarius.“ Noch weiter geht Donellus, commentarii juris civilis lib. XIV cap. 4 § 10. Er behauptet, aus den Eigenschaften des Eigenthümers erhelle, daß der Mann nicht wahrer Eigenthümer der dos sein könne, sondern nur einzelne Eigenthumsbefugnisse habe. Dem gegenüber hat Löhr in seinem und Grolmanns Magazin Bd. 4 S. 57 siegreich ausgeführt, daß der Mann das wahre und einzige Eigenthum an den Dotalsachen habe. Doch hat auch später Tigerström, Dotalrecht Bd. 1 S. 202 die Idee eines s. g. bloß prokuratorischen Eigenthums des Mannes vertheidigt und ähnlich in anziehender Darstellung Brinz Bd. 3 S. 699. Eine verwandte Auffassung hat Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 197. Die Stellen über das angebliche „Eigenthum“ der Frau siehe unten § 19 Anm. 1.

mehr Befugnisse bleiben als einem Nießbraucher. Aber nach seiner juristischen Gestalt ist sein Recht Eigenthum.[2]

1. Als Eigenthümer erwirbt der Ehemann die Erträgnisse und Accessionen der Dotalsachen grundsätzlich zu Eigenthum.

Aber nur die Früchte treten in sein freies Eigenthum und verbleiben ihm endgültig. Andere Erträgnisse, z. B. die dem Eigenthümer als solchem anfallende Hälfte des in dem Dotalgrundstücke gefundenen Schatzes, vermehren das Dotalvermögen und sind als dessen Bestandtheile nach Beendigung der Ehe herauszugeben.[3]

2. In Folge seines Eigenthumsrechtes ist der Ehemann grundsätzlich zur Veräußerung der Dotalsachen legitimirt.

a) Dies erlitt jedoch die erheblichste Beschränkung durch die lex Julia de fundo dotali,[4] welche im Interesse der Sicherung der gesetzlichen Ansprüche auf Rückgewähr[5] die Veräußerung der Dotalgrundstücke verbot und für nichtig erklärte. Dies Verbot, ursprünglich nur italische Grundstücke betreffend, wurde auf außeritalische erstreckt.[6] Es erhielt auch Anwendung gegenüber dem Bräutigam.[7] Dasselbe verhinderte auch die Bestellung dinglicher Rechte. Ursprünglich war nur die Verpfändung unbedingt untersagt, die Eigenthumsübertragung dagegen unter Zustimmung der Frau gestattet. Justinian ließ auch diese nicht zu,[8] eine unpraktische Bestimmung, welche, folgerecht

2) Analog ist das Verhältniß des Fiduciarerben, welchem die Herausgabe der Erbschaft an einen Universalfideikommissar aufgelegt ist. Auch er ist Eigenthümer, und dennoch gehen seine Befugnisse nicht viel über die eines Nießbrauchers hinaus. Allerdings hat aber die Frau auch schon vor der Restitution eine nähere Beziehung zu ihrer dos, als der Universalfideikommissar zu der Erbschaft.

3) l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum... sed et si arbores vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis quam si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi.

4) Tit. Dig. de fundo dotali 23, 5. Cod. eod. 5, 23; Gajus, Inst. II § 63; Paulus, sententiae II 21 b § 2. pr. J. quibus alienare 2, 8; Bachofen, ausgewählte Lehren S. 89; Czyhlarz in Lindes Zeitschrift Bd. 22 n. 11 und Dotalrecht S. 196; Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 445. Was man lex Julia de fundo dotali in Uebereinstimmung mit l. 1 D. h. t. 23, 5 nennt, ist ein Kapitel der lex Julia de adulteriis vom Jahre 18 vor Christi Geburt.

5) l. 3 § 1 D. h. t. 23, 5. Paulus libro 36 ad edictum: Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est. Dabei ist an einen Dotalanspruch auf das Grundstück gedacht. Das Veräußerungsverbot greift daher nicht ein: a) bei der dos recepticia, b) bei der dos aestimata, da hier nicht das Grundstück, sondern die Schätzungssumme dotal ist, c) wenn das Grundstück alternativ dotal ist, sofern der Mann die Wahl hat.

6) l. un. § 15 C. de rei ux. 5, 13. pr. J. quibus alienare 2, 8.

7) l. 4 D. h. t. 23, 5. Selbstverständlich bleibt die Veräußerung auch nach Beendigung der Ehe bis zur Restitution der dos verboten.

8) l. un. § 15 C. de rei ux. act. 5, 13.

durchgeführt, den Eheleuten auch in Fällen der dringendsten Noth oder größten Nutzens die Hände gebunden hätte. Das Mittelalter erachtete die Veräußerung bei eidlicher Bestärkung durch die Frau als gültig;[9] gemeinrechtlich genügt deren Zustimmung.[10] [11]

Die Veräußerung konvalescirt, wenn nach Auflösung der Ehe keine dotalrechtlichen Ansprüche der Frau oder ihres Vaters bestehen.[12]

c) Bezüglich der Mobilien besteht kein gesetzliches Veräußerungsverbot. Doch nur bezüglich der Fungibilien und der rascherem Verderben ausgesetzten Objekte hat der Ehemann das volle Verfügungsrecht ohne Zustimmung der Frau. Veräußert er Mobilien anderer Art ohne solche Einwilligung, so ist dies der Frau gegenüber unberechtigt. Diese kann sie daher nach Auflösung der Ehe als zu ihrer dos gehörend vom Manne beanspruchen[13] und nach justinianischem Rechte sogar von Dritten vindiciren.[14]

3. Der Ehemann hat alle Rechtsmittel eines Eigenthümers, z. B. Vindikation, Servitutenklagen, die condictio furtiva[15] und die actio legis Aquiliae.

---

9) cap. 28 X. de jure jurando 2, 24. Ueber das spätere byzantinische Recht vgl. Zachariä, griechisch-römisches Recht S. 100.

10) Schon Schilter exerc. 36 § 95 bemerkte bezüglich der Bestimmung „a Germanis receptam non esse". Allerdings erklärte sich gegen ihn Wernher, observationes forenses tom. II p. VIII obs. 437. Diesem folgt Glück Bd. 25 S. 420. Aber Glück selbst erachtet nach deutschem Rechte „die Zustimmung der Obrigkeit zur Veräußerung" für ausreichend, erkennt also gleichfalls die Undurchführbarkeit der justinianischen Verordnung an. Viele Rechtslehrer ferner betrachten die Veräußerung wenigstens dann als gültig, wenn die Frau die Zustimmung nach zwei Jahren wiederhole. Vgl. Glück a. a. O. S. 412. — Es handelt sich offenbar um eine der Normen, welche der Praxis fremd blieben, die man aber aus Respekt vor der angeblichen Reception in complexu theoretisch nicht ganz zu verleugnen wagte. Vgl. oben Bd. 1 § 121.

11) Der Mann selbst kann das nichtig veräußerte Grundstück vindiciren, ohne daß ihm ein Retentionsrecht wegen des Vertragsbruches entgegengestellt werden kann. Dies fordert der Zweck des Verbotes. Der Erwerber in gutem Glauben ist aber befugt, sein Interesse an der Erfüllung vom Veräußerer zu beanspruchen. Schröder, gesetzliche Veräußerungsverbote S. 26. Für Zulassung einer exceptio doli, also eines Retentionsrechtes, scheint Brinz a. a. O. Bd. 3 S. 697.

12) l. 17 D. h. t. 23, 5, l. 42 D. de usurp. 41, 3.

13) l. 50 D. soluto matrimonio 24, 3. Scaevola libro 2 responsorum: Aestimatis rebus in dotem datis pactum intercessit, ut, ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsae res restituerentur habita ratione augmenti et deminutionis viri boni arbitratu; quae vero non exstarent ab initio aestimatio earum — also die vereinbarte Schätzung und nicht was die Sache zur Zeit des Unterganges oder des Urtheils werth wäre —: quaesitum est, cum res quaedam quas maritus vendiderat extarent, an secundum pactum et haec ad mulierem pertinerent. respondi res quae extant si neque volente neque ratum habente muliere venissent, perinde reddendas, atque si nulla aestimatio intervenisset.

14) Vgl. unten § 20.

15) l. 49 § 1 D. de furtis 47, 2.

§ 19. b) Die Rechte der Ehefrau.

Obgleich die dos juristisch im wahren Eigenthume des Mannes steht, so ist sie doch nach der Auffassung des Lebens Frauenvermögen.[1] Hierin liegt die Quelle von Rechten der Frau. Diese treten vorzugsweise nach Auflösung der Ehe hervor, erscheinen aber auch bereits während der Ehe.

1. Standesgemäßer Unterhalt aus der dos ist natürliches Anrecht der Frau. In Nothfällen steigert sich dieses zum klagbaren Anspruch.[2]

2. Geräth der Ehemann in Vermögensverfall, so geht das Recht der Verwaltung der dos von Rechtswegen auf die Ehefrau über. Sie kann sie daher herausfordern und über sie, wie sonst der Ehemann, verfügen.[3]

3. Hiervon abgesehen ist die Zurückgabe während der Ehe nur zu nothwendigen oder nützlichen oder sittlich gebotenen Zwecken zulässig.[4] [5]

---

1) Die hauptsächlichsten Stellen, welche Manche — vgl. oben § 18 Anm. 1 — dazu bestimmten, die Frau als Eigenthümerin der dos anzusehen, sind l. 3 § 5 D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum: Ergo etiam filiam familias in dote captam, dum patri consentit stipulanti dotem non statim quam dedit, vel adhibenti aliquem, qui dotem stipularetur, puto restituendam, quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est. Doch dies besagt nur: die Dotalansprüche gehören nicht zum Vermögen des Hausvaters, sondern der Haustochter: l. 75 D. h. t. 23, 3. Tryphoninus libro 6 disputationum: Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit, cujus nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. porro cujus interest non esse evictum quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, hujus etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet. Das wahre Eigenthum des Mannes an der dos wird gerade hier zugestanden, und es wird nur betont, daß die dos auch während der Ehe der Frau Vortheile gewähre, daß sie daher schon jetzt an ihr juristisch interessirt sei. Weniger scharf ist Justinian, wenn er in l. 30 C. h. t. 5, 12 gleichsam zur Auswahl hinstellt, ob man annehmen wolle, daß die Dotalsachen „ex naturali jure ejusdem mulieris" seien oder „secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam" gehörten. Doch auch hiernach bleibt es dabei, daß der Mann juristisch betrachtet allein Eigenthümer der dos ist, wenn auch die Frau nach einer natürlichen, d. h. hier unjuristischen Betrachtung in der dos ihr Vermögen sieht.

2) l. 22 § 8 D. soluto matrimonio 24, 3.

3) l. 29 C. h. t. 5, 12. R.G. Bd. 22 S. 212, Seuff. A. Bd. 51 n. 33. Es ist streitig, ob die Frau dies Recht auch im Fall der Bestellung einer dos recepticia habe. Ohne Zweifel ist dies im Sinne des Bestellers, welcher durch seine Gabe für die Frau und ihren Hausstand während der Ehe sorgen will. Hierfür spricht auch die l. 22 § 8 D. sol. matr. 24, 3. Die Gegenansicht stützt sich auf den Wortlaut der l. 29 cit., vgl. freilich Arndts § 404 Anm. 3, Brinz Bd. 3 S. 743.

4) Die Fälle, in denen die Restitution der dos während der Ehe zulässig ist, erörtert l. 73 § 1 D. h. t. 23, 3 und l. 20 D. soluto matrimonio 24, 3; Czyhlarz S. 43. Streitig ist, ob die in den Pandektenstellen aufgezählten Fälle als Beispiele oder exklusiv zu verstehen sind. Für das Erstere spricht die Weise der Darstellung Vgl. auch l. 85 D. h. t. 23, 3. R.G. Bd. 30 S. 119. Daß diese Beispiele durch nov. 22 cap. 39 einen anderen Charakter erhielten, ist nicht anzunehmen. Siehe aber Arndts § 404 Anm. 5.

Giebt sie der Mann ohne gute Gründe während der Ehe in die Hände seiner Frau und geht sie bei derselben zu Grunde, so kann er sich nach Auflösung der Ehe der wiederholten Erstattung nicht entziehen.[6]

V. Die Dotalverhältnisse nach Auflösung der Ehe.

§ 20. a) Die Rückforderungsklagen im Allgemeinen.

Nach Endigung der Ehe ist die dos in der Regel zurückzuerstatten.

War sie recepticia, indem der Besteller sich oder Dritten die Rückerstattung vorbehalten hatte, so ist lediglich die Vereinbarung maßgebend.[1]

In anderen Fällen treten die dotalrechtlichen Normen ein.

a) Die hauptsächliche Dotalklage ist auch im justinianischen Rechte eine persönliche.[2] Sie betreibt Rechnungslegung sowie Erstattung des Dotalvermögens. Den anormalen und höchst persönlichen Charakter, welcher der alten actio rei uxoriae innewohnte, hat sie abgestreift und ist als s. g. actio tacita ex stipulatu nach Art einer Vertragsklage gebildet, namentlich also vererblich.

Die Ehefrau hatte im justinianischen Rechte nicht bloß ein Vorzugsrecht vor den chirographarischen Gläubigern des Mannes, sondern auch ein gesetzliches Pfandrecht,[3] ausgerüstet mit einem Privilegium vor älteren hypothekarischen Gläubigern.[4] Die neuere Zeit hat von diesen Privilegien wenig bestehen lassen. Insbesondere erkennt die Reichskonkursordnung ein Vorrecht der Frau gegenüber den persönlichen Gläubigern des Mannes nicht mehr an;[5] und die römische privilegirte gesetzliche Generalhypothek ist zu einem einfachen Anspruch auf Pfandsicherung herabgesunken.[6]

---

5) Es genügt, daß der Mann annehmen durfte, daß die Verwendung zu dem bezeichneten erlaubten Zweck erfolgen werde; daß die Ausführung wirklich geschah, ist nicht entscheidend. R.G. Bd. 25 S. 178.

6) l. un. C. si dos constante matrimonio soluta fuerit 5, 19. Der Grund des Satzes ist zweifelhaft. Viele erklären ihn daraus, daß die vorzeitige Rückgabe eine Schenkung unter Ehegatten bilde. Aber vorzeitige Zahlung einer Schuld ist nicht Schenkung. Es handelt sich um ein specielles Verbot, welches wahrscheinlich in der lex Papia Poppaea enthalten war. Czyhlarz a. a. O. S. 492.

1) Es bestand dann in Rom die a. ex stipulatu oder in Fällen formloser Vereinbarung die a. praescriptis verbis, l. 6 C. h. t. 5, 12.

2) l. un. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu transfusa 5. 13, oben § 14. Die Klage wird häufig in den Quellen actio de dote und von uns hiernach als „Dotalklage" bezeichnet.

3) l. 17 § 1 — l. 19 pr. D. de rebus auctoritate judicis 42, 5. Dies Privileg war höchst persönlich, l. un. C. de privilegio dotis 7, 74.

4) l. un. § 1 C. de rei uxoriae actione 5. 13, l. 12 C. qui potiores 8, 17.

5) K.O. § 61.

6) Vgl. oben Bd. 1 § 269 Ziff. 4 § 287 Ziff. 3.

b) Um so wichtiger ist, daß Justinian der Frau auch eine utilis rei vindicatio gab.[7] Damit erhielt sie ein dingliches Recht auf Rückübereignung der Dotalsachen. Und zwar bezieht sich dieser Anspruch auch auf in dritter Hand befindliche Objekte, abgesehen von Fungibilien; ja er erstreckt sich selbst auf ästimirte Dotalsachen, vorausgesetzt, daß die Aestimationssumme nicht gezahlt wird.

§ 21. b) Rückforderungsberechtigte.[1]

Rückforderungsberechtigt sind die Frau und deren Erben. War die geschiedene oder verwittwete Frau noch Haustochter, so stand nach römischem Rechte die Dotalklage nur dem Vater und der Tochter gemeinsam zu.[2] Im gemeinen Rechte aber war der Fall unmöglich geworden, da die Ehe der Tochter die väterliche Gewalt über sie beendigt.[3]

Der Vater hat den Dotalanspruch wegen der von ihm bestellten dos profecticia,[4] wenn seine Tochter in der Ehe verstirbt.[5] In diesem Falle sind also die Erben der Frau ausgeschlossen. Ob dies auch gegenüber den Kindern der verstorbenen Frau gelte, war schon unter den Glossatoren streitig. Dafür erklärte sich dem justinianischen Rechte entsprechend Bulgarus, dagegen aber Martinus.[6] Des Letzteren Ansicht wurde zur gewohnheitsrechtlichen.[7]

---

7) l. 30 pr. C. h. t. 5, 12. Justinianus: In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in ejus permanserunt dominio. Die Auslegung ist sehr bestritten. Vgl. darüber unsere früheren Auflagen.

1) Tit. Dig. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur 24, 3, Cod. 5, 18, l. un. C. de rei uxoriae act. 5. 13.

2) Ulp. fragm. tit. VI § 6, l. 2 §§ 1 ff., l. 3, l. 4 D. h. t. 24. 3. Vgl. Brinz Bd. 3 S. 714.

3) Vgl. Stölzel, väterliche Gewalt S. 18.

4) Vgl. über den Begriff der dos profecticia oben § 13.

5) Der Vater hat die Rückforderung der dos profecticia, wenn die Tochter in der Ehe verstirbt, ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Zeit der Bestellung oder ihres Todes in seiner Gewalt stand. Denn ganz allgemein erklärt l. 6 pr. D. de jure dotium 23, 3. Pomponius libro 14 ad Sabinum: Jure succursum est patri. ut filia amissa solacii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret. Und speciell bezeugt l. 71 D. de evictionibus 21, 2, daß auch „si filia emancipata est, uno casu ad patrem dos regredi potest", nämlich „mortua in matrimonio filia". Vgl. im übrigen unsere früheren Auflagen.

6) Siehe über den Streit: Hänel, dissensiones dominorum p. 40, 87, 441; Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. 4 S. 90. Nach klassischem Rechte durfte der Ehemann wegen jeden Kindes ein Fünftel zurückhalten. Ulp.

§ 22. c) Gegenstand der Dotalklage.

Gegenstand der Dotalklage ist das Dotalvermögen, in dem Stande und Betrage, in dem es sich zur Zeit befindet.

1. Die dos wird durch eine feste Summe gebildet, wenn sie in Geld oder in anderen Fungibilien besteht oder verkaufsweise abgeschätzt ist. Dann ist diese Summe zu erstatten, ohne daß in Betracht kommt, ob das entsprechende Kapital in den Händen des Mannes zu Grunde ging oder wuchs.[1]

2. Sonst sind die Bestandteile des Dotalvermögens dergestalt zu erstatten, wie sie im Laufe der Zeit wurden, zunächst also die seinerzeit inferirten Sachen, soweit sie vorhanden sind,[2] dann was etwa durch Vereinbarung oder von Rechtswegen an deren Stelle trat.

Dazu kommen die Accessionen der dos.[3] Zu diesen gehören auch vor Eingehung und nach Auflösung der Ehe gewonnene Früchte der Dotalsachen.

Dagegen sind die auf die Ehezeit fallenden Früchte freies Eigenthum des Mannes und nicht zu restituiren.[4]

Bezüglich der Früchte des *letzten Jahres der Ehe* tritt aber verhältnißmäßige Theilung zwischen dem Ehemann und der Ehefrau — beziehungsweise deren Successoren — ein. Dies machte *die Freiheit der Ehescheidung* in Rom zur Nothwendigkeit. Der *Nießbrauch* endigt in der Regel durch ein zufälliges Ereigniß, den Tod des Nießbrauchers, daher konnte man beim Nießbrauch die *Perception* einfach über die Gewinnung der Früchte entscheiden lassen. Dagegen konnte das Dotalverhältniß in Rom durch willkürliche Ehescheidung eines Theiles enden und solche Scheidung war sehr häufig. Hätte man auch hier die

---

fragmenta VI, 4, Vat. fragmenta § 108. Im justinianischen Rechte kommt ein solches Recht des Ehemannes nicht mehr vor.

7) Glück Bd. 27 S. 205, vgl. übrigens auch Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 214 und dort Citirte.

1) l. 42 D. de jure dotium 23, 3. Gajus libro 11 ad edictum provinciale: Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres ejus.

2) l. 11 D. h. t. 24, 3. Pomponius libro 16 ad Sabinum: Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est quasi suam dedisset.

3) l. 4, l. 10 § 1 D. de jure dotium 23, 3.

4) Ueber die Restitution der Früchte der dos vgl. u. a. Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 30 n. 10, Bechmann Bd. 2 S. 188, Czyhlarz S. 235, Bolze im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 321 und Brandis ebendaselbst Bd. 69 n. 6. Huschke, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 10 S. 1, Wiedemann in der Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 7 S. 106, L. v. Petražycki, die Fruchtvertheilg. beim Wechsel der Nutzungsberechtigten 1892, Abh. I.

Perception entscheiden lassen, so wären die niedrigsten Spekulationen möglich gewesen. Der Mann insbesondere hätte die Ehe unmittelbar vor der Ernte schließen und nach deren Einthun sofort die Ehe wieder auflösen können, um die Ernte als Beute zu behalten. Diese für die Ehescheidung aufgestellten Regeln wurden dann auch auf die Auflösung der Ehe durch den Tod ausgedehnt.

Wie aber war das Theilungsjahr zu bestimmen? Es lag nahe, das laufende Frucht- oder Pachtjahr zum Theilungsjahr zu machen. Dies nahmen, wie es scheint, die älteren römischen Juristen an. Aber dem Uebel war damit nicht abgeholfen. Daher bestimmte man als das Datum, von welchem das Theilungsjahr berechnet wurde, den Tag des Abschlusses der Ehe, und wenn das bezügliche Dotalgrundstück erst später übereignet wurde, den Tag dieser Uebereignung.[5] [6]

---

5) Die Principien formulirt am klarsten l. 6 D. h. t. 24, 3. Paulus libro 7 ad Sabinum: Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est. idem in ceteris annis servatur, donec divortium fiat. nam si ante nuptias traditus sit et fructus inde percepti, hi restituendi sunt quandoque divortio facto quasi dotis facti. Hierzu vgl. l. 5 D. eod. Ulpianus libro 30 ad Sabinum: De divisione anni ejus, quo divortium factum est, quaeritur ex die matrimonii an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est id est tradita possessione.

6) So Petražycki a. a. O. Seine Ausführungen geben auch den Schlüssel zu der vielbesprochenen Entscheidung der l. 7 § 1 D. h. t. 24, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum: Papinianus libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex Kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit, itaque si fine mensis Januarii divortium fiat et quattuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. — Ueber den Fall ist kein Zweifel. Die Ehe hatte am ersten Oktober begonnen und wurde am letzten Januar des folgenden Jahres getrennt, dauerte also 4 Monate. Ein Weinberg war zur dos gegeben. Der Ehemann hatte im Oktober die Weinernte eingethan und den Weinberg vom ersten November ab verpachtet. Was gebührt ihm nun vom Ertrage des Ehejahres? Papinian polemisirt, wie Petražycki mit Recht ausführt, hier gegen die ältere Ansicht, welcher wohl noch Sabinus huldigte, wonach das laufende Pachtjahr Theilungsjahr sein sollte. Denn danach würde der Mann, welcher im Oktober heirathete, die Weinernte einthat, darauf den Weinberg verpachtete und sofort die Ehe auflöste, die ganze Weinernte behalten können, weil sie nicht in das laufende, sondern in das verflossene Fruchtjahr fiel. Papinian macht daher das Ehejahr zum Theilungsjahr. Von diesem Standpunkt wäre das Folgerechte, daß der Ehemann den dritten Theil — für 4 Monate — der Theilungsmasse erhielte, welche aus dem Ertrag der Weinernte und 11 Pachtmonaten bestand. Daß hiernach der Ehemann immer noch sehr günstig behandelt würde, kann uns, wenn wir den Zweck der Theilung der Früchte, wie ihn Petražycki entwickelte, beachten, nicht mehr befremden. Aber Papinian wirft nicht $^{11}/_{12}$, sondern nur $^{3}/_{12}$ des Pachtzinses in die Theilungsmasse. Dies erklärt Petražycki mit Recht dadurch, daß

3. Die Restitution der Dotalgrundstücke hat sofort nach Auflösung der Ehe zu geschehen.

Für andere Objekte ist dem Manne und seinen Erben gesetzlich die Frist eines Jahres gewährt.[7]

Doch sind auch die während dieses Jahres von speciellen Dotalsachen gewonnenen Früchte dotal und zu erstatten. Vom Ablauf des Jahres an hat der Restitutionspflichtige 4 % Zinsen des Werthbetrages der dos zu berichtigen. Dabei können aber fruchttragende Sachen, deren Fruchtertrag herauszugeben ist, nicht in Anschlag kommen.

4. Die Weise, wie die Restitution zu vollziehen ist, richtet sich nach der Art der Vermögensstücke. Uebereignete Sachen, cedirte Forderungen sind zurückzuübereignen. Wurde ein Nießbrauch zu Gunsten des Mannes begründet, so kann nur dessen Ausübung auf den Rückforderungsberechtigten übertragen werden. War aber der Nießbrauch an dem Grundstücke des Rückforderungsberechtigten, insbesondere an dem der Frau bestellt, so geschieht seine Restitution durch Verzicht auf denselben.[8] Wurde dem Ehemanne behufs seiner Dotirung eine Schuld erlassen, so hat er deren Betrag binnen Jahresfrist zu zahlen, wenn die Forderung fällig war. Ist dies nicht der Fall, so ist die Forderung wiederherzustellen.[9]

5. Der Ehemann ist, während er das Dotalvermögen verwaltet,

Papinian hier nur die auf die Ehezeit entfallenden Früchte vertheilt. Auf diese allein kam es ihm an, vor allem wollte er zeigen, daß die Frau auch Antheil an der Weinernte habe. Aber der Mann braucht sich mit dem ihm hier Zugebilligten nicht zu begnügen. Er bekommt auch noch von demjenigen Pachtzins, der auf das Ehejahr nach Auflösung der Ehe fällt, ein Drittel, also im ganzen doch den dritten Theil von elf Pachtmonaten. Lotmar, in Jherings Jahrb. Bd. 33 n. 3 hat Petražycki nicht zu widerlegen vermocht. Vgl. denselben ebendaselbst S. 448.

7) In der klassischen Zeit hatte der Mann zur Erstattung der Fungibilien drei Jahrestermine, während er andere Dotalobjekte sofort restituiren sollte. Ulp. fragm. VII § 8. Justinian unterscheidet in der l. un. § 7 C. h. t. 5, 13 Immobilien und Mobilien, vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 388.

8) Die Hauptstelle über die Restitution des Usufruktus ist von Tryphoninus libro 11 disputationum l. 78 pr. — § 4 D. de jure dotium 23, 3, vgl. auch l. 66 D. eod., l. 57 D. soluto matrimonio 24, 3.

9) Von der Dosbestellung durch acceptilatio handelt Ulpianus libro 3 disputationum l. 43 D. de jure dotium 23, 3. Insbesondere führt § 2 aus: constituta dote per acceptilationem et secutis nuptiis is effectus erit dotis exactioni, ut, si quidem pura sit obligatio quae accepto lata est, non ipsa jam restituenda sit, sed solvenda dos secundum sua tempora, sin vero obligatio in diem fuit nec ante solutum matrimonium dies obligationis praeteriit, restauranda est in diem pristinum obligatio et, si debitum cum satisdatione fuerit, satisdatio renovanda est, similique modo et si condicionalis fuerit obligatio quae in dotem conversa est et pendente obligatione divortium fuerit secutum, verius obligationem sub eadem condicione restitui debere: sed si condicio exstiterit constante matrimonio. ex die divortii tempora exactionis numerantur.

wegen culpa in concreto verantwortlich. Die hiernach entstandene Entschädigungsforderung vermehrt das Dotalvermögen.[10] [11]

6. Nothwendige Verwendungen auf die Dotalobjekte mindern das Dotalvermögen von Rechtswegen, so daß sich die Erstattungspflicht um deren Betrag verringert. Dies bezieht sich nicht auf die s. g. laufenden Verwendungen, d. h. solche, welche eine Last des Fruchtertrages bilden.[12]

Wegen nützlicher Verwendungen hat der Ehemann die Mandatsklage, wenn sie mit Einwilligung der Frau gemacht wurden, die actio negotiorum gestorum, wenn deren allgemeine Voraussetzungen vorhanden sind.[13]

§ 23. d) Beweis bei der Dotalklage.

Der Kläger hat zu beweisen, daß eine dos bestellt und daß der Fall der Rückforderung eingetreten ist.

Der Nachweis der Ertheilung eines Dotalversprechens an den Mann genügt zur Begründung des Anspruches auf Erstattung des Versprochenen, wenn der Mann für gehörige Beitreibung verantwortlich war. Derselbe befreit sich dann nur durch den Nachweis, daß er ohne seine Verschuldung nichts erhielt.

War der Mann nicht für die Beitreibung verantwortlich, so muß

---

10) l. 17 D. de jure dotium 23, 3. Eines politischen Processes gedenkt Javolenus libro 6 ex posterioribus Labeonis l. 66 D. soluto matrimonio 24, 3. In his rebus, quae praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait, ea sententia Publii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore (statuit), quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere. Vgl. Arndts, civ. Schriften Bd. 1 S. 457. Siehe auch B.G.B. § 1359.

11) Ueber die Verantwortlichkeit des Ehemannes in Bezug auf eine ihm versprochene dos oder in dotem gegebene Forderung handelt Meyerfeld im rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. 7 n. 5. Vgl. Bechmann Bd. 2 S. 240 und Czyhlarz S. 263.

12) l. 5 pr. D. de inpensis in res dotales factis 25, 1 . . . dicitur necessarias impensas dotem minuere, l. 16 D. eod., § 37 J. de actionibus 4, 6, l. un. § 5 C. de rei ux. act. 5, 13. Dernburg, Kompensation S. 105, Czyhlarz S. 276, Sternberg a. a. O. §§ 8 ff., Brinz, Bd. 3 S. 729, Petrażycki, Einkommen Bd. I S. 160, oben Bd. 1 § 227 Ziff. II, A. Leinweber, die Dotalimpensen 1893.

13) Die Behandlung der impensae utiles gegenüber den Dotalansprüchen ist bestritten, vgl. Czyhlarz S. 346 und 386. Justinian verordnet, daß sie mit der actio mandati eingeklagt werden, wenn sie mit Zustimmung der Frau gemacht waren, wenn dies nicht der Fall, mit der actio negotiorum gestorum, l. un. § 5 C. de rei ux. act. 5, 13. Zweifelhaft ist, ob ihretwegen ein Recht der Rückhaltung der dos besteht, was man wegen der die Retention verwerfenden Aeußerungen Justinians verneint, sowie ob eine Kompensation ihretwegen stattfindet, was jedenfalls zu bejahen ist.

der Kläger die Auszahlung des Versprochenen beweisen. Dies namentlich, wenn der Kläger selbst oder sein Erblasser seinerzeit das Dotalversprechen geleistet hat und nun Rückerstattung des Betrages begehrt.

Nicht selten wird in den Ehepakten die Auszahlung der dos im voraus in Erwartung derselben bezeugt und es kann vorkommen, daß sie dann hinterher ausbleibt.

Dies veranlaßte Justinian zu der Bestimmung, daß Empfangsbekenntnisse in den Eheverträgen ohne Beweiskraft seien, wenn gegen sie während der Ehe oder innerhalb gewisser Fristen nach Aufhebung der Ehe durch exceptio oder querella non numeratae dotis Protest erhoben sei. War dies versäumt, so wurden jene Bekenntnisse unanfechtbar.[1]

Das verfehlte gesetzgeberische Experiment Justinians wurde durch das Einführungsgesetz zur C.P.O. beseitigt.[2]

III. Schenkungen unter Ehegatten. Propter nuptias donatio.

§ 24. Die Schenkungen unter Ehegatten.[1]

I. Schenkungen unter Ehegatten sind nach römischem Recht nichtig.

Dies ist auffallend. Was scheint natürlicher, als Geschenke unter Ehegatten, um ihrer Liebe und Anhänglichkeit Ausdruck zu geben. Und dennoch sind dieselben verboten.

Es war die Freiheit der Ehescheidung, welche die römische Praxis und Gewohnheit dazu brachten, die Schenkungen unter Ehegatten als nichtig zu behandeln. Denn die Würde der Ehe wäre gefährdet gewesen, wenn man das Schauspiel hätte erleben können, daß der zärtlichere Gatte die Fortsetzung derselben durch Geschenke erkaufen mußte.[2]

Ohnehin haben die Ehegatten ihr Vermögen bei gesunden Verhält-

---

1) l. 3 C. de dote cauta 5, 15, l. 14 § 1 C. de non numerata pecunia 4, 30, nov. 100 cap. 1 und 2. Der Beklagte hat hiernach die Einrede während der Ehe und ein Jahr nach deren Auflösung, wenn die Ehe höchstens 2 Jahre bestand. Er hat sie noch drei Monate nach Auflösung der Ehe, wenn die Ehe über 2 Jahre, aber nicht länger als 10 Jahre bestand. Nach Ablauf von 10 Jahren der Ehe ist die Einrede nicht mehr gestattet. Dazu kommen Vorschriften für den Fall, daß der Mann beim Abschluß der Ehe minderjährig war.

2) Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 2 und § 17.

1) Tit. Dig. de donationibus inter virum et uxorem 24, 1. Cod. 5, 16. Savigny, System Bd. 4 S. 165; F. Hofmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 286 und dort Citirte; Gradenwitz, Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 191; Brinz, Bd. 3 S. 790.

2) l. 1 D. h. t. 21, 1. Ulpianus libro 32 ad Sabinum: Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate, l. 2, l. 3 pr. D. eod. Erörterungen über den Ursprung des Verbotes siehe bei Hofmann a. a. O.

nissen thatsächlich gemein; ein Bedürfniß, während der Ehe zu schenken, besteht daher in der Regel nicht. Soweit dies doch der Fall ist, sind Schenkungen zulässig.

1. Voraussetzungen des Verbotes sind:

a) Vornahme während der Zeit der Ehe. Nicht betroffen sind Schenkungen zwischen den künftigen Gatten, selbst wenn sie am Hochzeitstage vor der Ehe geschehen,[3] ebensowenig solche unter Geschiedenen, auch wenn sie sich später wieder verheirathen.[4]

Die Ehe muß gültig sein. Schenkungen an eine Konkubine sind nicht verboten.[5]

b) Es muß sich um Schenkungen handeln, welche eine Bereicherung des Beschenkten auf Kosten des Geschenkgebers bezwecken.[6]

c) Gesetzlich gebilligte Schenkungen sind unter anderem die zur Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes,[7] sowie solche, welche dem Ehemanne die Erlangung und Bekleidung von Ehrenstellen ermöglichen sollen.[8]

Allgemein sind Schenkungen auf den Todesfall gültig, da sie berechtigten Zwecken dienen und durch den Schenker jederzeit widerrufbar sind.[9] Verstattet sind auch Schenkungen divortii causa, d. h. zur Zeit und auf den Fall einer Ehescheidung.[10] Enthalten dieselben freilich ein Erkaufen der Einwilligung zur Ehescheidung, so sind sie wegen Unsittlichkeit nichtig.

2. Das Schenkungsgeschäft hat keine Gültigkeit. Der Beschenkte erhält daher kein Eigenthum durch die Tradition des Geschenkten,[11] und der Geschenkgeber behält dessen Vindikation.[12] Schenkungsversprechen und Schulderlasse ferner sind ungültig.[13]

---

3) l. 27, l. 66 § 1 D. h. t. 24, 1.

4) l. 64, l. 35 D. h. t. 24, 1.

5) l. 3 § 1, l. 65 D. h. t. 24, 1.

6) l. 5 § 8 D. h. t. 24, 1. Ulpianus libro 32 ad Sabinum: Concessa donatio est sepulturae causa: nam sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat et si quidem intulerit, faciet locum religiosum: hoc autem ex eo venit, quod definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem.

7) l. 14 D. h. t. 24, 1.

8) l. 40—l. 42 D. h. t. 24, 1.

9) l. 9 §§ 2 ff. D. h. t. 24, 1.

10) l. 11 §§ 11 ff. D. h. t. 24, 1. R.G. Bd. 5 S. 153.

11) l. 3 §§ 10 ff. D. h. t. 24, 1.

12) l. 35 und l. 36 D. h. t. 24, 1.

13) l. 3 § 10, l. 5 §§ 1 ff. D. h. t. 24, 1.

Soweit die Vindikation des Geschenkten nicht mehr möglich ist, hat der Schenker eine condictio sine causa in Höhe der Bereicherung des Beschenkten.[14]

3. In Folge einer Oratio von Severus und Caracalla[15] konvalescirt die an sich nichtige Schenkung, wenn der Schenker, ohne widerrufen zu haben, vor dem Geschenknehmer in der Ehe verstirbt. Die Erben des verstorbenen Ehegatten können also in solchen Fällen nicht, wie dies früher Rechtens war, das Geschenkte zurückfordern.

II. Nach B.G.B. sind Schenkungen unter Ehegatten zulässig.

§ 25. Die propter nuptias donatio.[1]

Die propter nuptias donatio — Ehegeschenk — ist eine Zuwendung Seitens des Mannes an seine Frau zu den

14) l. 5 § 18 D. h. t. 24, 1. l. 55 D. eod. Paulus libro 6 quaestionum ... Videtur maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris res comparata exstet. respondi: locupletiorem esse ex donatione negari non potest: non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat sed quid ex re mulieris possideat. Der Zeitpunkt, nach welchem die Bereicherung bemessen wird, war in Rom die Litiskontestation l. 7 pr. D. h. t. 24, 1, er ist nach der C.P.O. der Augenblick der Klageerhebung.

15) l. 32 § 2 D. h. t. 24, 1. Ait Oratio: „fas esse eum, qui donavit, poenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse", vgl. l. 3, l. 10 C. h. t. 5, 16. Ueber den Grundgedanken der Oratio vgl. Hofmann bei Grünhut Bd. 8 S. 298 und dort Citirte.

16) Sehr bestritten ist, ob auch das nicht erfüllte Schenkungsversprechen konvalescirt? Hiergegen erklärt sich l. 23 D. h. t. 24, 1. Ulpianus lib. 6 ad Sabinum: Papinianus recte putabat orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere, denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit. Dafür aber ist Ulpian im 33. Buch desselben Werkes l. 32 § 1 D. eod. 24, 1: Oratio non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso jure res fiant ejus cui donatae sunt et obligatio sit civilis. Mit der letzteren Festsetzung stimmt Ulpians Ausführung bezüglich einer stipulirten Jahresrente: l. 33 pr. D. h. t. „puto quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici stipulationem confirmari ex senatus consulto", ebenso l. 33 § 2 D. eod. Wie die Stellen zu vereinigen sind, darüber gehen die Ansichten auseinander. Für richtig halte ich die Auffassung von Savigny, System Bd. 4 S. 109, welcher einen Widerspruch zwischen Papinian und Ulpian annimmt. Papinian bezog die Konvalescenz noch nicht auf bloße Schenkungsversprechen. Ulpian referirt diese Ansicht in der l. 23 ohne sie zu billigen, denn das „recte" bezieht sich nur auf das erste Glied des Satzes, die Konvalescenz der Schenkung körperlicher Sachen. In den späteren Theilen seines Werkes tritt er mit der Anerkennung der Konvalescenz der Schenkungsversprechen unumwunden hervor. Sie ist justinianisches Recht. Die unglossirte nov. 162 cap. 1 § 1 erklärt sich gleichfalls für die Konvalescenz der Schenkungsversprechen. Anders Puchta, kleine Schriften S. 332, Schütze in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 442, F. P. Bremer im Archiv f. civ. Praxis Bd. 51 n. 13.

1) Tit. Cod. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias 5, 3, l. 7 C. de dotis promissione 5, 11, nov. 61, nov. 96 cap. 1, nov. 97 cap. 1. Syrisch-römisches Rechtsbuch, herausgegeben von Bruns und Sachau S. 264 und dort citirte

Zwecken der Ehe, welche der Frau im Falle einer Scheidung durch Schuld des Mannes wie auch als Witthum bei dessen Tode auszufolgen ist.

Auch dieses Institut stand geschichtlich im engsten Zusammenhang mit der Freiheit der Ehescheidung. Die Frau, welche der Ehemann jederzeit ohne pekuniäre Nachtheile verstoßen kann, ist ein Spielzeug seiner Laune und seines jeweiligen Gefallens. Eine ganz andere Stellung nimmt die Frau ein, wenn sie von ihrem Ehemann im Falle einer Scheidung durch dessen Schuld eine namhafte Summe zu beanspruchen hat.

Das Institut entwickelte sich aus der Schenkung, welche nach weitverbreiteter Sitte des Alterthums der Ehemann seiner Braut bei Abschluß der Ehe zu machen hatte. Es bildete sich aus ihr dadurch aus, daß der Mann das Ehegeschenk regelmäßig seiner Gattin zunächst nur verschrieb und es in seiner Verwaltung behielt, so daß es ihr bei Scheidung durch Schuld des Mannes oder bei dessen Tode zu verabfolgen war.[2]

Im Orient betrachtete man schriftlichen Ehekontrakt mit Verschreibung einer dos und einer donatio sogar als Bedingung einer gültigen Ehe. Kaiser Majorian machte dies in seiner nov. 6, 9 zum römischen Reichsrecht.[3] Doch seine Verordnung wurde bald wieder beseitigt.

Dem vorjustinianischen Rechte galt das Ehegeschenk trotz seiner Eigenthümlichkeiten noch als Schenkung, daher mußte es vor Abschluß der Ehe gewährt sein und hieß ante nuptias donatio. Justinian aber ließ dasselbe auch nach der Eheschließung zu und nannte es propter nuptias donatio. Ueberhaupt begünstigte Justinian dies Institut im Interesse der Erhaltung der Ehen. Es wurde von ihm als Gegendos ausgebildet, wie dies schon seine Vorfahren angebahnt hatten.

Demgemäß verpflichtete man den Hausvater des Ehemannes seiner Schwiegertochter eine donatio zuzuwenden, wie der Vater der Frau ihrem Manne eine dos zu gewähren hatte. Die der Frau als donatio

---

Stellen. Das vollständige Quellenmaterial und die Litteratur siehe bei Mitteis, Reichsrecht S. 225. Mitteis hat die Auffassung von Francke im Archiv f. civ. Praxis Bd. 26 S. 63, der auch die früheren Auflagen dieses Buches folgten, an der Hand der seither entdeckten und zugänglich gemachten Quellen überzeugend begründet und schärfer, in manchen Punkten richtiger entwickelt. Andere Ansichten hatten Löhr im Archiv f. civ. Praxis Bd. 15 n. 20, Bd. 16 n. 1 und H. Schott die d. p. n. Inauguralabhandlung, München 1867. B.G.B. kennt die propter nuptias donatio nicht mehr.

2) Wie Brunner, die fränk.-rom. dos a. a. O. S. 5 nachgewiesen hat, wurde die donatio ante nuptias der Frau meist vor der Dosbestellung gewährt, und häufig ihr Gegenstand dem Manne als dos zurückgeleistet.

3) Ausgabe von Haenel p. 312. Vgl. über die dos als Erforderniß der Eheschließung Brunner a. a. O. S. 8.

verschriebenen Immobilien ferner wurden als unveräußerlich erklärt, wie Dotalimmobilien. Die Frau erhielt wegen der ihr verschriebenen donatio ein gesetzliches Pfandrecht. Sie konnte endlich deren Verwaltung fordern, wenn der Mann in Vermögensverfall gerieth.

Justinian verlangte sogar, daß die donatio der dos im Betrage gleichstehen müsse. Um dies verständlich zu machen, muß man sich vergegenwärtigen, daß regelmäßig nur Gleichbegüterte mit einander die Ehe eingingen, im Uebrigen die donatio regelmäßig nicht wie die dos sofort ausgezahlt, sondern nur verschrieben wurde. Im Osten jedoch wurde nur Sitte, daß die donatio die Hälfte der dos betrug.

Die propter nuptias donatio ist in Deutschland nicht recipirt. Wohl findet sich das Aussetzen eines Witthums in Eheverträgen für den Fall des Versterbens des Mannes in der Ehe. Dies unterliegt aber den Grundsätzen der römischen donatio propter nuptias nicht.[4]

IV. Ehescheidungsstrafen. Nachtheile der Wiederverheirathung.

§ 26. Ehescheidungsstrafen.[1]

I. Wer schuldhafterweise den Ehegatten verstieß oder ihm die Veranlassung zur Ehetrennung gab, erlitt im römischen Rechte Vermögensnachtheile. Sie traten im gemeinen Rechte ein, wenn der Richter wegen Schuld des einen Theiles die Ehe schied.

1. Nach einer Verordnung von Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 449 verlor im Falle der Scheidung die schuldige Ehefrau ihre dos an den Ehemann, und der schuldige Ehemann die donatio propter nuptias an die Frau.[2]

Justinian bestimmte für den Fall der Nichtbestellung einer dos oder donatio den Verlust eines Viertels des Vermögens des schuldigen Theiles bis zu 100 Pfund Gold.[3] Hierin bestand gemeinrechtlich vorzugsweise die Scheidungsstrafe, da die donatio antiquirt, die dos weniger häufig war als in Rom. Zu Grunde zu legen war der Moment der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles. Vorgängige dolose Verminderungen waren in Rechnung zu stellen.[4]

In Fällen des Ehebruchs trat Erhöhung der Strafe um ein Drittel ein.[5 6]

---

4) Vgl. R.G. Bd. 24 S. 177. Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 2 § 509.

1) Glück Bd. 27 S. 3; Ortloff in Ortloff, Heimbach und Vermehren, juristische Abhandlungen Bd. 2 Abth. 1 1857.

2) l. 8 C. de repudiis 5, 17.

3) l. 11 C. de repudiis 5, 17. Hieran schloß sich dann die Novellengesetzgebung nov. 22 cap. 15 und 16 und nov. 117 cap. 8 und 9. 100 Pfund Goldes betrug zu Justinians Zeiten die übliche größte Mitgift, vgl. Zachariae v. Lingenthal in der Zeitschr. d. Sav. Stiftg., rom. Abth. Bd. 13 S. 15.

4) R.G. Bd. 11 S. 205. Dem Beklagten liegt auf Verlangen des Klägers Hergabe eines Verzeichnisses seines Vermögens und dessen eidliche Bestärkung ob. R.G. Bd. 15 S. 205 entscheidet mit Recht, daß die Strafe „nur in der Verbindlichkeit zur Zahlung des Werthes der Vermögensquote in Geld besteht", R.G. Bd. 26 S. 175 berechnet den Werth von 100 Pfund Goldes auf 67 200 Mk.

Waren Kinder aus der Ehe vorhanden, so erhielten sie die Proprietät, der geschiedene Ehegatte aber den Nießbrauch und die Verwaltung. [7]

2. Ob die Ehefrau, welche auf die Kapitalabfindung verzichtete, lebenslängliche standesgemäße Alimente fordern konnte, war bestritten. Das Reichsgericht hat sich dagegen erklärt. [8]

3. Nach B.G.B. §§ 1578 ff. bestehen die Ehescheidungsstrafen überhaupt nur in der Verpflichtung des allein für schuldig erklärten Theils, dem anderen standesmäßigen Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Statt der Rente kann der Berechtigte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

4. Zuwendungen an den Gatten von Todeswegen gelten nur für den Fall der Dauer der Ehe bis zum Tode. Sie verlieren daher ihre Kraft durch die Ehescheidung, mag sie nun seitens des Honorirten verschuldet sein oder nicht. [9]

§ 27. Nachtheile der Wiederverheirathung. [1]

I. Die christliche Kaiserzeit mißbilligte eine neue Ehe, wenn Descendenten aus einer früheren vorhanden waren, vornehmlich bei Frauen, aber auch bei Männern. Daher trafen den Wiederheirathenden — parens binubus — zu Gunsten seiner Descendenten aus der früheren Ehe, die nicht undankbare waren, Vermögensnachtheile, wie auch andere Zurücksetzungen — poenae secundarum nuptiarum.

1. Nachtheile, welche sowohl den Vater als die Mutter trafen, sind:

a) Verlust der lucra nuptialia [2] an die Descendenten der früheren Ehe. Ehegewinn ist, was der Wiederheirathende als Gatte in Folge der früheren Ehe erworben hat, namentlich die dem Ehemanne aus der früheren Ehe verbliebene dos, ferner Schenkungen und Erwerb von Todeswegen nach Gesetz oder letztem Willen.

Die Descendenten erwarben diese lucra zu Eigenthum nach den Regeln, die für die Intestaterbfolge gelten, ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben ihres verstorbenen parens geworden sind.

---

5) Die Erhöhung um ein Drittel tritt nach nov. 117 cap. 8 § 2, cap. 9 §§ 4 und 5 auf Seiten der Frau wegen Ehebruchs, auf Seiten des Mannes dagegen nur ein, wenn er trotz Verwarnung — worüber zu vergleichen ist R.G. Bd. 23 S. 182 — in der gemeinschaftlichen Wohnung eine Konkubine gehalten oder in einem Hause des gemeinschaftlichen Wohnortes mit einer Konkubine zusammengewohnt hat.

6) Ortloff, juristische Abhandlungen Bd. 2 S. 74 vertheidigt die Verjährung der Ehescheidungsstrafen in einem Jahre. Dagegen mit Recht R.G. Bd. 14 S. 181.

7) l. 8 § 7 C. de repudiis 5, 17.

8) Bd. 8 S. 186, Bd. 12 S. 192, Bd. 26 S. 193. Vgl. hiergegen unsere früheren Auflagen und das oberste L.G. f. Bayern in Seuff. Arch. Bd. 51 Nr. 31.

9) l. 49 § 6 D. de leg. III; jedoch kann auch das Gegentheil beabsichtigt sein. l. 3 D. de auro 34, 2. Uebrigens sprechen die Quellen nur von Vermächtnissen und Schenkungen von Todeswegen. Neuere übertragen den Satz auf die Erbeinsetzungen. Arndts § 416 am Schlusse. Auch auf Ehe- und Erbverträge wird er anzuwenden sein. So auch Seuff. Arch. Bd. 46 n. 105 (R.G.). Vgl. B.G.B. § 2077, ferner § 1584.

1) Tit. Cod. de secundis nuptiis 5, 9 und si secundo nupserit 5, 10, an deren Stelle Novelle 22 trat. Ueber die Geschichte der poenae secundarum nuptiarum vgl. vorzugsweise Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 16 S. 31; siehe ferner Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 23, Geiger in Lindes Zeitschrift Bd. 19 n. 7, Vangerow Bd. 1 § 227 Anm. 1.

2) Die lucra nuptialia behandelt Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 3 S. 91.

Dem conjux binubus blieb Nießbrauch und Verwaltung.[3]

b) Der Ehegatte konnte dem neuen Gatten nicht mehr von Todeswegen hinterlassen, als das wenigst begünstigte Kind der früheren Ehe von ihm von Todeswegen erhielt.[4]

2. Nachtheile, die nur der Mutter zur Last fielen, sind:

a) Ist die Mutter gesetzliche Erbin eines Kindes der früheren Ehe, zugleich mit Geschwistern desselben, so reducirt sich ihr Erbtheil auf den bloßen Nießbrauch, während die Proprietät den Geschwistern des Verstorbenen oder deren Kindern anfällt.[5]

b) Die Mutter verliert bei der Wiederverheirathung die Fähigkeit zur Bekleidung der Vormundschaft über ihre Kinder[6] und das vorzugsweise Recht auf ihre Erziehung.[7 8]

Der vorversterbende Ehegatte konnte dem überlebenden die Vermögensnachtheile der Wiederverheirathung letztwillig erlassen. Doch war dies streitig.[9 10]

II. Das B.G.B. hat die Nachtheile der Wiederverheirathung beseitigt.

---

3) nov. 22 cap. 21 § 1, cap. 26 § 1. Vgl. übrigens auch Brunner, die fränkisch-romanische dos Ziff. 5.

4) nov. 23 cap. 27 und 28, l. 6 C. h. t. 5, 9. Das Nähere im Erbrecht.

5) nov. 22 cap. 46. Streitfrage war, ob dieser Nachtheil auch den Vater trifft. Hierfür waren viele Neuere, z. B. Geiger a. a. O. S. 204, Windscheid Bd. 2 § 511 Anm. 9. Dagegen mit Recht Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 5 S. 397 und Vangerow a. a. O., insbesondere aber R.G. Bd. 4 S. 129.

6) Vgl. unten § 45 Anm 1.

7) l. 1 C. ubi pupilli educentur 5, 49, nov. 22 cap. 38.

8) Meist wurden noch weitere Nachtheile der neuen Ehe aufgezählt. Die Gesammtzahl steigt bei Geiger auf neun. Hierunter findet sich aber einiges, was selbstverständlich ist, z. B. daß das unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung Zugedachte im Falle der neuen Heirath ausfällt, sowie daß die zur neuen Ehe schreitende Frau die Würde und die Vorrechte des früheren Mannes verliert. Andere hierher gehörige Bestimmungen sind specieller Art, z. B. daß die Mutter die einem Kinde früherer Ehe gemachte Schenkung nur in ganz besonderen Fällen der Undankbarkeit widerrufen kann. Anderes endlich ist antiquirt oder doch nur in ganz seltenen Fällen praktisch. — Nicht gemeinrechtlich, aber weit verbreitet ist die Vorschrift, wonach der überlebende parens sich beim Uebergang zur neuen Ehe mit seinen Kindern auseinanderzusetzen und die Feststellung ihres Vermögens unter Zuziehung eines Kurators vorzunehmen hat. Dies gilt auch nach B.G.B., vgl. §§ 1314, 1669.

9) Vgl. über die Streitfrage unsere früheren Auflagen.

10) Nur kurz ist hier der Strafen der Verletzung des s. g. Trauerjahres zu gedenken. In Rom sollte sich nämlich die Wittwe nach dem Tode ihres Mannes sowie nach einer Ehescheidung innerhalb eines Jahres nicht wieder verheirathen. Die Zuwiderhandlung wurde mit der Strafe der Infamie und schweren Vermögensnachtheilen belegt. Gleiche Strafe traf die Frau, welche innerhalb des Trauerjahres außerehelich konkumbirte und gebar. Das kanonische Recht hob die Strafe der Infamie für den Fall des Ueberganges zur weiteren Ehe innerhalb der Trauerzeit auf: cap. 4 X. de secundis nuptiis 4, 21. Die Praxis hat die römischen Strafen wegen Verletzung des Trauerjahrs in Folge dessen überhaupt nicht recipirt. Sie sind „allgemein in Vergessenheit gerathen“. Mit Unrecht wollen sie gleichwohl manche neuere Theoretiker als gemeinrechtlich festhalten, soweit sie nicht durch das kanonische Recht besonders beseitigt sind. Vgl. über die Materie Geiger in Lindes Zeitschrift Bd. 19 S. 229. B.G.B. hat die Strafen der Verletzung des Trauerjahres beseitigt. — Nach B.G.B. § 1313 dürfen Frauen erst zehn Monate nach Beendigung der früheren Ehe eine weitere Ehe schließen. Das Hinderniß ist ein aufschiebendes; Dispensation ist zulässig.

Dritter Abschnitt.

Die väterliche Gewalt und das Elternrecht.

Erstes Kapitel.

Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.

§ 28. Eheliche Abstammung.

Die väterliche Gewalt in ihrer altrömischen Gestalt gab dem Vater schrankenloses Recht über die Person des Kindes und Eigenthum an seinem Erwerb.[1] Sie ist schon im justinianischen Rechte sehr gemildert, weit mehr noch in Deutschland.[2] [3]

Das ergiebt die Lehre ihrer Entstehung und Endigung, wie die ihrer Wirkungen.

Eheliche Kinder treten mit der Geburt in die Gewalt ihres Vaters. In Rom erstreckte sich die Gewalt des Hausvaters — mittelbar — auch auf eheliche Abkömmlinge gewaltuntergebener Söhne.[4] Dem gemeinen Rechte ist eine derartige großväterliche Gewalt fremd.[5]

Ehelich sind die in der Ehe durch die Ehegatten erzeugten Kinder, ferner aber auch die in der Ehe von der Ehefrau geborenen, welche der Ehemann vor der Ehe erzeugt hat.[6] [7]

---

1) Nur die Gallier und Galater hatten etwas der römischen väterlichen Gewalt Aehnliches. Gaj. Inst. I 55. Caesar, bell. Gall. 4, 19. Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 79 ff. Ueber die Partikularismen, welche die väterliche Gewalt in den römischen Provinzen annahm, vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 209.

2) Vgl. Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen, Separatabdruck aus dem Justizministerialblatt 1874. Karl Lehmann, die väterliche Gewalt im heutigen Europa in Jherings Jahrb. Bd. 25 n. 2.

3) B.G.B. hat an die Stelle der väterlichen Gewalt die elterliche gesetzt. Bei bestehender Ehe steht sie dem Vater zu. Der Mutter: 1) wenn der Vater gestorben oder für todt erklärt ist, 2) wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist. (§ 1684.) Vgl. auch § 1685. In den Fällen des § 1687 hat das Vormundschaftsgericht der Mutter einen Beistand zu bestellen. Ueber ihr uneheliches Kind steht der Mutter die elterliche Gewalt nicht zu (§ 1707).

4) § 3 J. de patria potestate 1, 9.

5) R.G. Bd. 4 S. 151 führt aus, die väterliche Gewalt des Großvaters werde „heutzutage nicht leicht vorkommen".

6) Stintzing, Präsumtion der ehelichen Vaterschaft in Jherings Jahrbüch. Bd. 9 n. 5; Fuchs, die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft 1880. B.G.B. § 1591 Abs. 1 Satz 1 besagt: Ein Kind, das nach der Eingehung der Ehe geboren wird, ist ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängnißzeit der Frau beigewohnt hat. Letzteres wird schlechthin nur vermuthet, soweit die Empfängnißzeit in die Zeit während der Ehe fällt.

7) Viele Schriftsteller, z. B. Windscheid Bd. 1 § 56 b, behaupten, der Beweis der Vaterschaft sei „unmöglich", weil es sich um Vorgänge handele, die sich in ein

1. Von der Ehefrau am 182. Tage nach dem Eheschlusse und später im Laufe der Ehe geborene Kinder sind als der ehelichen Verbindung entstammende und als ehelich anzusehen.[8] Aus dieser Stellung können sie nur durch gerichtliches Urtheil verdrängt werden, welches konstatirt, daß sie in der That nicht vom Ehemanne abstammen. Dies ist wie jede andere Thatsache durch überzeugende Gründe darzuthun. Die einleuchtendsten sind Abwesenheit des Ehemannes von der Frau während der ganzen Dauer der längstmöglichen Konzeptionszeit, ferner dessen Impotenz. Aber auch andere Umstände, die eine volle richterliche Ueberzeugung hervorrufen, genügen, z. B. die Frau lebt an dem Orte ihres Ehedomicils, aber von ihrem Manne getrennt, in offenem Konkubinat mit einem Dritten.[9] Der Nachweis des Ehebruches der

---

Geheimniß hüllen. Nichts ist ungegründeter. Ein strikter physiologischer Beweis ist nicht zu führen, aber die vom Gesetze geforderte „freie richterliche Ueberzeugung der Wahrheit" ist wohl zu gewinnen. Welche enge Grenzen hätte die Beweisbarkeit, wenn nur das bewiesen werden könnte, was vor Augen gestellt werden kann. Die eheliche Vaterschaft ist für die Regel durch die Geburt in der Ehe bewiesen, da Ehebruch eine abnorme, verhältnißmäßig seltene Thatsache ist. Es ist für die ungeheure Mehrheit der Fälle Wahrheit, was l. 5 D. de in jus vocando 2, 4. Paulus libro 4 ad edictum ausspricht: „pater is est, quem nuptiae demonstrant". Damit ist nur, was ohnedies anzunehmen wäre, zur Rechtsvermuthung erhoben.

8) l. 12 D. de statu hominum 1, 5. Paulus libro 19 responsorum erklärt: Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. Dies würde nach römischer civiler Berechnung auf den 180. Tag hinführen. Aber l. 3 § 12 D. de suis et legitimis 38, 16, Ulpianus libro 14 ad Sabinum, entscheidet für den 182. Tag: De eo, qui centensimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit justo tempore videri natum. Die letztere Zeitbestimmung wurde gemeinrechtlich in Theorie und Praxis recipirt. Nach B.G.B. § 1592 gilt als Empfängnißzeit die Zeit von dem 181. bis zum 302. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluß sowohl des 181. als des 302. Tages.

9) Die klassische Stelle ist l. 6 D. de his qui sui vel alieni juris sunt 1, 6. Ulpianus libro 9 ad Sabinum: Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere quasi non suum. sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus filium non esse. Manche wollen nur die Berufung auf Abwesenheit oder Impotenz gestatten, weil nur dann die „Unmöglichkeit" der Erzeugung durch den Ehemann dargethan sei. Dies steht aber im Widerspruch mit der angeführten Entscheidung, insbesondere den Worten „vel alia causa". Vgl. Fuchs a. a. O. S. 59, Engelmann in d. Blättern f. RSanwendg. Bd. 59 S. 1, R.G. Bd. 41 S. 157. R.G. Bd. 12 S. 166 schließt gegen die Präsumtion, daß das am 182. Tage nach dem Eheschlusse geborene Kind in der Ehe erzeugt sei, den Gegenbeweis aus der mangelnden Reife des Kindes aus „in Anbetracht der Unsicherheit der aus derartigen Beweisen zu ziehenden Ergebnisse". Vgl. B.G.B. § 1591 Abs. 1 Satz 2: Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat.

Frau während der Konzeptionszeit allein reicht dagegen nicht hin, wenn die Frau mit ihrem Ehemanne lebte, da dann das Kind trotz des Ehebruches vom Ehemanne stammen kann.[10] Sollte aber das Kind offenkundig von anderer Race sein als die Eheleute, z. B. sind diese Weiße, das Kind ein Mulatte, so ist es illegitim.

Kinder, welche von der Ehefrau während der Ehe vor dem 182. Tage nach dem Eheschlusse geboren werden, gelten gleichfalls als ehelich, jedoch nur, solange der Ehemann deren Legitimität nicht bestreitet. Hat er die Vaterschaft einmal ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt, so bedarf es des Gegenbeweises, daß er sie nicht erzeugt hat, wenn er sie verleugnen will.[11]

2. Als ehelich ist ferner das Kind zu erachten, welches durch die ehemalige Ehefrau innerhalb 300 Tagen von Endigung der Ehe an geboren ist.[12] Gegenbeweis ist zulässig.

Der Nachweis, daß ein noch später nachgeborenes Kind ehelich erzeugt sei, ist nicht schlechthin ausgeschlossen. Eine Vermuthung für seine Legitimität besteht aber nicht.[13]

Wer ist zur Bestreitung der Legitimität eines während der Ehe geborenen oder bis zum 300. Tage nachgeborenen Kindes befugt? In den Quellen ist nur von einer Anfechtung seitens des Ehemannes die Rede. Er ist in der Regel allein hierzu berechtigt. Ist er handlungsunfähig, so kann sein Vormund für ihn die Anfechtungsklage anstellen. Andere Interessirte sind — von Fällen einer Kollusion abgesehen — nur nach seinem Tode befugt, eine Frage zum gerichtlichen Austrag zu bringen, an der er zunächst ein Interesse hat.[14] [15] [16]

---

10) l. 12 § 9 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5; Papinianus libro singulari de adulteris ... non utique crimen adulterii, quod mulieri obicitur, infanti praejudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse.

11) Vgl. Fuchs a. a. O. S. 19, S. 37. B.G.B. § 1591 Abs. 2 Satz 2.

12) Nach B.G.B. § 1593 genügt Geburt innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der Ehe. Für den Fall der Wiederverheirathung der Frau siehe § 1600.

13) Ziemlich schroff spricht sich aus l. 3 § 11 D. de suis et leg. 38, 16. Indessen steht fest, daß die Zeit der Schwangerschaft unter Umständen eine längere als 300 Tage ist, vgl. Fuchs a. a. O. S. 15. Es kann aber nicht gemeint sein, legitimen Kindern, weil sich ihre Geburt verzögert, die Rechte ehelicher zu nehmen. B.G.B. § 1592 Abs. 2 besagt: Steht fest, daß das Kind innerhalb eines Zeitraums empfangen worden ist, der weiter als 302 Tage vor dem Tage der Geburt zurückliegt, so gilt zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes dieser Zeitraum als Empfängnißzeit.

14) l. 1 §§ 6, 12, 16, l. 2, l. 3 pr. D. de agnosc. liberis 25, 3.

15) B.G.B. stimmt im wesentlichen überein. Nach § 1593 kann die Unehelichkeit des Kindes nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist. Nach § 1594 kann die Anfechtung nur binnen Jahresfrist erfolgen, beginnend mit dem Zeitpunkte,

3. Die Rechte ehelicher Kinder haben auch die in ungültiger oder nichtiger Ehe geborenen, wenn beide Ehegatten oder einer derselben die öffentlich geschlossene Ehe für gültig hielten,[17] — Putativehe.

§ 29. Legitimation.

Uneheliche Kinder erhalten die Rechte von ehelichen durch Legitimation. Diese geschieht:

a) durch Verheirathung der unehelichen Eltern — l. per subsequens matrimonium.[1] [2] Die Vaterschaft des Ehemannes ist unumgängliche Voraussetzung. Sie kann durch ihn mittels wörtlicher oder thatsächlicher Anerkennung festgestellt werden, es steht aber Gegenbeweis gegen dies Anerkenntniß offen.[3] Auch anderweiter Beweis der Vaterschaft ist zuläſſig.[4]

a) Durch Ehelichkeitserklärung d. h. durch Reskript des Landesherrn auf Antrag des außerehelichen Vaters.[5] Der Antrag

---

in welchem der Mann die Geburt des Kindes erfährt. Sie ist ausgeschlossen, wenn der Mann das Kind nach der Geburt als das seinige anerkennt (§ 1598). Ueber die Form der Anfechtung siehe §§ 1596—1597, über die Anfechtung durch einen Vertreter § 1595.

16) R.G. Bd. 18 S. 184 läßt jedoch die Klage des Kindes auf Verneinung der Vaterschaft dessen zu, der nach gesetzlicher Vermuthung als sein Vater gilt. Ebenso O.L.G. Oldenburg in Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 23.

17) cap. 2, 8, 14, 15 X. qui filii sint legitimi 4, 17. Das kanonische Recht forderte Eingehung der Ehe „in facie ecclesiae". Derzeit muß für Ehen, die im Reichsgebiete geschlossen sind, Abschluß beim Standesbeamten erfordert werden. Vgl. B.G.B. §§ 1699 ff.

1) Dieck, Beiträge zur Legitimation durch nachfolgende Ehe 1832; Wolf, legitimatio per subsequens matrimonium 1881, B.G.B. §§ 1719—22.

2) Im römischen Rechte bezog sich die Legitimation ausschließlich auf Konkubinenkinder — liberi naturales. Zunächst waren, um zur Ehe mit der Konkubine zu bestimmen, temporäre Verordnungen von Konstantin, Zeno und Anastasius erlassen worden, wonach wer mit einer Konkubine Kinder erzeugt hatte, sie durch Heirath mit der Mutter legitimirte. Justinian machte die s. g. legitimatio per subsequens matrimonium zu einem dauernden Rechtsinstitute in l. 10 C. de naturalibus liberis 5, 27, woran sich die l. 11 C. eod., ferner nov. 74 und nov. 89 cap. 8 anschlossen. Vgl. Paul Meyer, der römische Konkubinat, 1895, § 39, § 49. Nach kanonischem Rechte kommt es für die Legitimation nicht mehr darauf an, ob die außereheliche Erzeugung in einem dauernden Konkubinat oder sonst geschah; l. 1 und 6 X. qui filii sint legitimi 4, 17. Dies ist gemeinrechtlich.

3) R.G. Bd. 22 S. 223, Seuff. A. Bd. 51 n. 35.

4) Dies führt mit Recht Wolf a. a. O. aus, aber er stellt an den Beweis solche Anforderungen, daß derselbe nur in den allerseltensten Fällen gelingen könnte. Nichts Anderes muß nachgewiesen sein, als daß der Ehemann seiner späteren Frau in der Konzeptionszeit ihres vor der Ehe geborenen Kindes beigewohnt hat. Diese Momente genügen, um dem Richter die Ueberzeugung der Vaterschaft des späteren Ehemannes beizubringen. Dem Ehemann steht jedoch der Gegenbeweis offen, daß die spätere Frau in der kritischen Zeit auch mit Anderen zu thun hatte. B.G.B. § 1720 Abs. 1 stimmt überein, verstattet aber nicht den soeben genannten Gegenbeweis.

der Mutter oder des Kindes genügt, wenn der verstorbene Vater den Willen der Legitimation testamentarisch geäußert hat.[6]

Das Reskript ist Gnadensache.[7] Es wird herkömmlich nur ertheilt, wenn die Heirath mit der Mutter unmöglich oder unpassend ist, und wenn keine ehelichen Kinder des Erzeugers vorhanden sind.[8] —

Das Kind erhält die Rechte eines ehelichen durch die Legitimation auch ohne seine Einwilligung; in die väterliche Gewalt tritt es aber nur in Folge seiner Zustimmung.[9]

---

5) Ueber diese Legitimation vgl. nov. 74 pr. cap. 1 und 2, nov. 89 cap. 9, Stölzel a. a. O. S. 10.

6) nov. 74 cap. 2 § 1, nov. 89 cap. 10, s. g. legitimatio per testamentum. Nach B.G.B. § 1733 Abs. 2 ist nach dem Tode des Vaters die Ehelichkeitserklärung nur zulässig, wenn der Vater den Antrag bei der zuständigen Behörde eingereicht, oder bei oder nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Antrags das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat.

7) Ebenso B.G.B. § 1734. Die Ertheilung der Legitimation wurde vom Kaiser im alten deutschen Reich den s. g. Pfalzgrafen delegirt, eine Würde, welche unter anderem dem berühmten Pandektisten Samuel Stryk im Jahre 1672 verliehen wurde. Stryk theilt im usus modernus Pandectarum zu Tit. I 6 § 15 den bezüglichen Text der Bestallung mit. „Der mehrgedachte S. S. soll und mag auch Mann und Weibsperson, edel und unedel — allein Fürsten, Grafen und Freiherrn ausgenommen — jung und alt, so außerhalb der heiligen Ehe geboren, sie seynd gleich von Ledigen einer oder zweier ehelich verheiratheten, zu nahe gesipten, befreundten oder verschwägerten Personen oder aus anderen in Rechten verbotenen Vermischungen, wie die alle sämmtlichen oder besonders geschehen und fürgangen oder immer Namen haben möchten erzeuget, legitimiren und ehelich machen" u. s. w. — Derzeit ist in Preußen vom Könige das Recht dem Justizminister delegirt, soweit es sich nicht um Führung eines adligen Namens handelt.

8) Zu erwähnen sind zwei Streitfragen: a) Manche Juristen stellen die s. g. fictio retrotractiva auf, indem sie folgern, daß die Legitimation nur möglich sei, wenn die Eltern zur Zeit der Erzeugung hätten Eheleute sein können. Es ist dies willkürlich, vgl. Thibaut, Versuche I n. 10. Dennoch hat diese Idee, wie Stölzel a. a. O. mittheilt, die Praxis des preußischen Justizministeriums wesentlich beeinflußt. Daher hat dasselbe unter anderem die Legitimation von in Blutschande erzeugten, ferner von Kindern eines katholischen Geistlichen versagt. b) Ob die Legitimation eines adulterinus statthaft ist, gehört zu den famosen Streitfragen des gemeinen Rechtes. Dafür ist namentlich Dieck a. a. O. S. 143, Vangerow Bd. 1 § 255 Anm. 2 S. 472, R.G. Bd. 30 S. 145. Aus der Bestallung, die in Anm. 7 mitgetheilt ist, geht hervor, daß die Legitimation im alten deutschen Reich auch auf incestuosi und adulterini erstreckt wurde. B.G.B. § 1732 besagt dagegen: Die Ehelichkeitserklärung ist nicht zulässig, wenn zur Zeit der Erzeugung des Kindes die Ehe zwischen den Eltern nach § 1310 Abs. 1 wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft verboten war.

9) Auch dies ist bestritten. Das justinianische Recht forderte die Einwilligung des Kindes zum Eintritte desselben in die Gewalt des Erzeugers, nov. 89 cap. 11. Das kanonische Recht stellt die Legitimation als die unmittelbare und nothwendige Folge der Ehe hin, cap. 6 X. qui filii sint legitimi 4, 17. Alexander III: Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur. Hiernach erachteten die Kanonisten den Widerspruch des Kindes als nicht ausreichend, um die Legitimation zu hindern; Schulte, katholisches Eherecht S. 405. Beides vereinigt der im Texte entwickelte, von vielen Neueren vertheidigte Satz. Mit Unrecht wirft man ihm Inkonsequenz vor. Er vermittelt vielmehr in zweckmäßiger Weise und wird den in Betracht kommenden Rücksichten gerecht. Anders Wolf a. a. O. Dort ist die neuere Litteratur angeführt. B.G.B. fordert für die

Der Legitimirte gilt wie ehelich erzeugt nicht bloß im Verhältniß zum Vater, sondern auch zu den Verwandten des Vaters. Auch seine Abkömmlinge werden legitimirt.[10]

§ 30. Die Adoption.[1]

I. Die altrömische Adoption war ein Institut von religiöser und politischer Bedeutung. Sie hatte den Zweck der Erhaltung der Geschlechter. Ihr Wesen war daher Eintritt des Adoptivkindes in die väterliche Gewalt und in die Agnatenfamilie des Adoptivvaters.[2]

Die heutige Adoption hat einen rein bürgerlichen und Familiencharakter. Sie ist Begründung eines Kindesverhältnisses durch Rechtsgeschäft. Diese Umbildung wurde bereits im späteren römischen Rechte eingeleitet.

1. Seit alter Zeit zerfiel die Adoption Roms in zwei Hauptarten.[3]

a) Adoption im engeren Sinne ist Kindesannahme eines Hauskindes. Sie vollzieht sich durch persönliche Erklärungen des natürlichen und des Adoptivvaters vor Gericht in Gegenwart des Kindes, welches nicht widerspricht.[4] [5]

Legitimation durch nachfolgende Ehe Einwilligung des Kindes nicht, wohl aber für die durch Ehelichkeitserklärung, vgl. §§ 1726 ff.

10) Nach B.G.B. erhält nur der durch nachfolgende Ehe Legitimirte die vollen Rechte des ehelichen Kindes, die Wirkungen der Ehelichkeitserklärung dagegen erstrecken sich außer auf das Kind selber nur auf dessen Abkömmlinge. Sie erstrecken sich nicht auf die Verwandten und die Frau des Vaters und ebensowenig auf den Ehegatten des Kindes. Andererseits bleiben die Rechte und Pflichten, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnisse zwischen dem für ehelich erklärten Kinde und seinen Verwandten ergeben, unberührt, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt (§ 1737).

1) Tit. Inst. de adoptionibus 1, 11, Dig. 1, 7. Cod. 8, 47.

2) l. 23 D. h. t. 1, 7.

3) B.G.B. §§ 1741 ff. kennt nur eine Art der Annahme an Kindesstatt.

4) In der klassischen Zeit vollzog sich die adoptio durch eine in jure cessio vor dem Prätor, wozu dann noch, um den filius von seinem natürlichen Vater los zu machen, mit Rücksicht auf die Worte der 12 Tafeln, drei Mancipationen desselben kamen, Gajus. Inst. I. § 134. — Es ist anzunehmen, daß diese so künstliche Form erst in der republikanischen Zeit aufkam, und daß ursprünglich die Adoptionen von homines alieni wie sui juris nur durch Volksschluß möglich waren. — Justinian ordnete die Form der Adoption im engeren Sinne neu unter Abschneidung der alten Weitläufigkeiten l. 11 C. h. t. 8, 47.

5) Nach B.G.B. § 1741 bedarf es zur Annahme an Kindesstatt eines Vertrages zwischen dem Annehmenden und dem Kinde. Der Vertrag bedarf der Bestätigung durch das zuständige Gericht. Nähere Bestimmungen über den Annahmevertrag geben §§ 1750—1756. Die Bestätigung ist nur zu versagen, wenn ein gesetzliches Erforderniß der Annahme an Kindesstatt fehlt. Wird die Bestätigung endgiltig versagt, so verliert der Vertrag seine Kraft.

b) Die **Arrogation** ist Kindesannahme eines **bisher gewaltfreien Menschen**. Ursprünglich bedurfte es einer Rogation beim Volke und eines Volksschlusses;[6] daher der Name. Später trat ein kaiserliches Reskript an die Stelle.[7] Dasselbe fordert den Antrag des Adoptivvaters und die Zustimmung des Adoptivkindes, wenn es minderjährig ist, Einwilligung der Vormundschaft. Vorgängige Prüfung der Legalität und der Sachgemäßheit der Arrogation hat stattzufinden. Unter Anderem soll der Arrogirende 60 Jahre alt sein.[8] Wer einen Unmündigen arrogirt, muß ihm ein Viertel seines Vermögens auf den Todesfall zuwenden — quarta divi Pii.[9] [10]

2. Für beide Arten der Adoption ist hervorzuheben:

a) Der Adoptirende mußte in Rom ein Mann sein; Frauen konnten indessen zum Ersatze verlorener Kinder adoptiren.[11]

Gemeinrechtlich sind Frauen zur Kindesannahme fähig. Namentlich ist zulässig, daß Ehemann und Ehefrau zusammen adoptiren.[12]

b) Der Adoptirende muß 18 Jahre älter sein als das Adoptivkind, da man den Satz aufstellte, daß die Adoption ein Abbild der Natur sein solle.[13] [14]

---

6) Gajus, Inst. I. § 99. Gellius, noctes atticae V § 19.

7) l. 6 C. h. t. 8, 47.

8) l. 15 § 2 D. h. t. 1, 7.

9) Nach älterem Rechte war die Arrogation unmündiger Personen unzulässig. Dies änderte sich durch Antoninus Pius, Gajus. Inst. I § 102. Doch war Sicherheit bezüglich der Herausgabe des Kindesvermögens zu bestellen, und zwar an die, welchen dasselbe zugekommen wäre, wenn die Arrogation nicht stattgefunden hätte, l. 13 ff. D. h. t. 1, 7. Dazu kam die Verpflichtung der Hinterlassung der Quart des Vermögens der Adoptirenden. l. 2 pr. C. h. t. 8, 47.

10) In einigen gemeinrechtlichen Landestheilen war jede Annahme an Kindesstatt an die landesherrliche Entscheidung gebunden, in anderen wurde auch die Arrogation vor den Gerichten vollzogen; nur in einigen hielt man an der römischen Unterscheidung bezüglich der Form von Adoption und Arrogation fest. Vgl. Stölzel in Gruchots Beiträgen Bd. 23 S. 329.

11) § 10 J. h. t., l. 11, l. 5 C. h. t. 8, 47.

12) Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt S. 14; Zeitschr. f. Verw. u. Rspfl. in Oldenbg. Bd. 17 S. 90. Uebereinstimmend B.G.B.

13) § 14 I. h. t. 1, 11. Dem älteren Rechte gehörte dieses Erforderniß nicht an. Als sich Clodius behufs der Erlangung des Volkstribunates durch einen Plebejer adoptiren ließ, zugleich aber bemüht war, den Akt zu einer Farce zu machen, nahm er einen Jüngeren als er war zum Adoptivvater. Cicero pro domo 18, 14. Zur Zeit von Gajus war die Zulässigkeit der Adoption durch jüngere Personen Streitfrage. Gajus, Inst. I § 106.

14) B.G.B. § 1744 besagt: Der Annehmende muß das 50. Lebensjahr vollendet haben und mindestens 18 Jahre älter sein als das Kind. Vgl. auch B.G.B. § 1745. Andere Erfordernisse: Der Adoptirende darf keine ehelichen Abkömmlinge haben (§ 1741), der Ehegatte des Annehmenden und des Angenommenen müssen zustimmen (§ 1746), ebenso bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Adoptivkindes dessen Eltern (§ 1747).

Der Adoption unehelicher Kinder durch den unehelichen Vater steht nichts im Wege. Sie ist gerade ein häufiger Fall.[15]

3. Bedingungen und Zeitbestimmungen läßt die Adoption nicht zu. Sie ist auch in dieser Hinsicht der Natur ähnlich.[16]

4. Die Wirkungen der Adoption gestalten sich nach justinianischem Rechte sehr verschieden.

a) Die Arrogation gab dem Adoptivvater die väterliche Gewalt über das Adoptivkind und bewirkte dessen Eintritt in die Agnatenfamilie des Adoptivvaters.

b) Dasselbe galt bei der s. g. vollkommenen Adoption, wenn der leibliche Vater sein Kind einem leiblichen Ascendenten desselben zur Adoption giebt.

c) Ganz anders verhielt es sich bei der von Justinian geschaffenen unvollkommenen Adoption, wenn der leibliche Vater sein Kind Jemandem zur Adoption giebt, welcher nicht Ascendent desselben ist. Diese Adoption bewirkte nichts Anderes, als ein Intestaterbrecht des Kindes gegenüber dem Adoptivvater.[17]

d) Die Adoption durch eine Frau setzte den Adoptirten in das Verhältniß eines leiblichen Kindes zu seiner Adoptivmutter.[18]

Gemeinrechtlich sind die Verschiedenheiten erheblich abgeschwächt, jedoch keineswegs schlechthin beseitigt.

Gemeinsam ist nach deutscher Auffassung allen Arten der Adoption, daß sie ein persönliches Kindesverhältniß zwischen dem Adoptirenden und dem Adoptivkind und dessen Nachkommen begründet. Sekundär gesellt sich noch bei Arrogation und vollkommener Adoption die väterliche Gewalt hinzu, deren Fortbestehen jedoch keineswegs mehr Bedingung der Erhaltung des Kindesverhältnisses ist.

Die Adoption begründete gemeinrechtlich in keinem Falle Agnation mit den Agnaten des Adoptivvaters.[19]

---

15) Meist lehrt man die Unzulässigkeit der Arrogation unehelicher Kinder des Adoptirenden. Die l. 46 D. h. t. 1, 7 erkennt die Zulässigkeit zwar in einem besonderen Falle an, dagegen verwirft Kaiser Justinus allerdings derartige Adoptionen in der l. 7 § 3 C. de naturalibus liberis 5, 27 und Justinian bestätigt dies nov. 74 cap. 3, nov. 89 cap. 7. Hierin lag jedoch sicher nicht der Gedanke, daß der Kaiser sich die Macht, Arrogationen Unehelicher vorzunehmen, entziehen wolle, sondern nur eine Proklamation dessen, was er bezüglich solcher Gesuche zu thun gedenke. Gemeinrechtlich läßt man daher derartige Arrogationen unbedenklich zu. Stölzel, väterliche Gewalt S. 15, vgl. R.G. Bd. 6 S. 171, Bd. 37 S. 196. Anders aber Seuff. Arch. Bd. 47 n. 276 (O.L.G. Hambg.). Nach B.G.B. steht der Adoption unehelicher Kinder nichts im Wege.

16) l. 34 D. h. t. 1, 7, B.G.B. § 1742.

17) Die Unterscheidung zwischen der s. g. adoptio plena und minus plena hat Justinian in der l. 10 C. h. t. 8, 47 eingeführt.

18) l. 5 C. h. t. 8, 47.

II. Nach B.G.B. § 1757 erlangt das Kind durch die Annahme an Kindesstatt die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden. Doch wird ein Erbrecht für den Annehmenden nicht begründet (§ 1760). Ueberdies kann in dem Annahmevertrage die Nutznießung des Annehmenden an dem Vermögen des Kindes sowie das Erbrecht des Kindes dem Annehmenden gegenüber ausgeschlossen werden (§ 1767). Die Wirkungen der Annahme an Kindesstatt erstrecken sich auf die Abkömmlinge des Kindes (§ 1762 Satz 1).

§ 31. Beendigung der väterlichen Gewalt.

I. Bezüglich der Dauer der väterlichen Gewalt bestehen bei den indogermanischen Nationen zwei Grundsysteme, welche wir das römische und das germanische nennen können:

1. In Rom blieb die Familie unter der Gewalt des paterfamilias bis zu dessen Tode.[1] Ohne Zweifel wirthschaftete sie meist auch thatsächlich zusammen in demselben Hause, solange der Stammherr lebte. Zulässig war Emanzipation, d. h. Entlassung aus der Gewalt durch den Willen des Vaters. Sie geschah[2] entweder durch eine Erklärung des Vaters bei Gericht in Gegenwart des Kindes, welches nicht widersprach[3] — s. g. emancipatio Justinianea, oder — was wichtig war, wenn Vater und Kind an verschiedenen Orten wohnten — durch Reskript des Regenten auf Antrag des Vaters unter Zustimmung des Kindes — emancipatio Anastasiana.[4] Die Emancipation war Gnade des Vaters; dieser behielt zur Entschädigung — als praemium emancipationis — die Hälfte des Nießbrauches an den Adventicien seines Kindes. Emanzipation in römischer Art ist in Deutschland nicht unzulässig, aber sehr selten.[5]

19) Anders R.G. Bd. 31 S. 187, vgl. auch R.G. Bd. 6 S. 171. Vgl. auch B.G.B. § 1763: Die Wirkungen der Annahme an Kindesstatt erstrecken sich nicht auf die Verwandten des Annehmenden. Der Ehegatte des Annehmenden wird nicht mit dem Kinde, der Ehegatte des Kindes wird nicht mit dem Annehmenden verschwägert.

1) In Rom fielen die Enkel, wenn ihr Vater lebte und in der Gewalt seines Vaters gestanden hatte, nach dem Tode des Großvaters in die Gewalt ihres Vaters, pr. J. quibus modis potestatis 1. 12. Dies ist nicht gemeinrechtlich, siehe oben § 28 Anm. 5. — Dem Tode stand die capitis deminutio gleich. — Dagegen endigt die Gewalt des natürlichen Vaters noch durch adoptio plena seines Kindes, § 8 J. quibus modis jus 1. 12. B.G.B. § 1765 Abs. 1: Mit der Annahme an Kindesstatt verlieren die leiblichen Eltern die elterliche Gewalt über das Kind.

2) Ueber die Form der Emancipation vor Justinian, vgl. Gajus, Inst. I § 132; Keller, Institutionen S. 204, siehe aber auch Mitteis, Reichsrecht S. 216.

3) l. 6 C. de emancipationibus 8, 48.

4) l. 5 C. h. t. 8, 48.

5) Ueber die griechische Verstoßung — apokeryxis — und deren Fortbestehen in der Praxis römischer Provinzen vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 212.

2. Nach der germanischen Auffassung endigt die Gewalt des Vaters, wenn sein Kind fähig wird, sich selbst vorzustehen.

Dies galt gemeinrechtlich nicht ohne weiteres als Folge der Volljährigkeit des Kindes. Die Beendigung tritt vielmehr — durch s. g. emancipatio Germanica oder Saxonica — ein:

a) bei Söhnen mit Errichtung einer eigenen Wirtschaft — separata oeconomia. Sie liegt in der Betreibung eines selbständigen Gewerbes, in der Bekleidung eines öffentlichen Amtes und selbst darin, daß man eine Beschäftigung in dem Gewerbe eines Anderen erhält, in der man seinen Lebensberuf findet. Großjährige kann der Vater an der Separation nicht hindern.

b) Bei Töchtern knüpft sich die Endigung der Gewalt an deren Verheirathung. Gemäß den heutigen socialen Verhältnissen ist auch die Endigung der Gewalt über die Tochter anzunehmen, falls sie ein selbständiges Gewerbe betreibt.

Von einem praemium emancipationis ist heutzutage keine Rede mehr.

II. Nach B.G.B. § 1626 endigt die elterliche Gewalt durch die Volljährigkeit des Kindes.

III. In einigen Fällen endigt die Gewalt auch zur Strafe des Vaters wegen schwerer Verfehlungen desselben.[6] Die Gewalt ruht, wenn der Vater zu ihrer Ausübung unfähig wird.[7] [8]

---

6) Zur Strafe erlosch die väterliche Gewalt wegen Aussetzung des Kindes l. 2 C. de infantibus expositis 8, 51. wegen Verkuppelung der Töchter l. 6 C. de spectaculis 11, 41 und wegen Eingehung einer blutschänderischen Ehe nov. 12 cap. 2. Daß der letztere Fall schon durch die bisherige Reichsgesetzgebung beseitigt sei, behaupteten ohne zureichenden Grund Windscheid Bd. 2 § 525 Anm. 18 und Mandry, Reichsgesetze S. 268 Anm. 20. Auch abgesehen von diesen Fällen konnte das Vormundschaftsgericht bei schlechter Behandlung des Kindes die Endigung der väterlichen Gewalt beschließen. Denn der Umweg des römischen Rechtes, daß der Vater zur Emancipation „gezwungen wird" — l. 5 D. si a parente 37, 12 — war dem deutschen Verfahren fremd. B.G.B. § 1680 bestimmt: Der Vater verwirkt die elterliche Gewalt, wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnißstrafe von mindestens 6 Monaten verurtheilt wird. Die Verwirkung der elterlichen Gewalt tritt mit der Rechtskraft des Urtheils ein. Vgl. ferner § 1697 Satz 1: Die Mutter verliert die elterliche Gewalt, wenn sie eine neue Ehe eingeht.

7) Gewisse Würden befreiten im späteren Rom von der väterlichen Gewalt. Unter diesen kommt nur noch die des Bischofs vor. Es ist aber der Bischof bei uns schon aus anderem Grunde gewaltfrei, weil er nämlich eine separirte Oekonomie hat.

8) Das Ruhen der väterlichen Gewalt im Falle der Geisteskrankheit des Vaters ist gemeinrechtlich anerkannt: die Römer, welche einseitig das Recht des Vaters betonten, wußten hiervon nichts. l. 8 D. de his, qui sui vel alieni juris 1, 6. Ueber das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters nach B.G.B. vgl. §§ 1676—1678, über die Endigung der Vermögensverwaltung des Vaters §§ 1647, 1666, 1681, der Nutznießung §§ 1661, 1662, 1666.

Zweites Kapitel.

Das Vermögensrecht der Hauskinder.[1]

§ 32. Geschichte des Rechtes des Hausvaters.

I. Nach altrömischem Rechte wurde Alles dem Hausvater zu eigen, was seine Hauskinder erwarben.[2]

Natürlich hatten die Hauskinder, welche mit dem Vater wirtschafteten, bei dessen Lebzeiten in der Regel den Mitgenuß des väterlichen Vermögens, sie wurden auch bei dessen Tode von Rechtswegen dessen Erben, wenn sie nicht rechtsförmlich enterbt waren. Um deswillen behaupten Manche ein Gesammteigenthum der freien Hausgenossen an dem Patrimonium des römischen Hauses, ähnlich wie solches auf griechischem und germanischem Boden bestand.[3] Doch damit verkennt man die specifische Eigenthümlichkeit des römischen Rechts. Der Hausvater war vielmehr der Alleineigenthümer des Vermögens des Hauses, die Kinder hatten kein Recht an demselben.

Die starre Vermögenseinheit wurde dadurch gemildert, daß Hauskinder wie Sklaven nicht selten ein Sondervermögen — peculium[4] — durch Koncession des Hausvaters erhielten. Auch dies Vermögen gehörte rechtlich ausschließlich dem Hausvater; er konnte es jederzeit einziehen; es bildete bei seinem Tode einen Bestandtheil seines Nachlasses. Thatsächlich aber unterstand es dem Hauskinde.[5]

Die wichtigste Konsequenz der Einräumung eines Pekuliums war, daß der Vater bis zum Betrage des Pekuliums aus den kontraktlichen Schulden des Hausuntergebenen mit der actio de peculio belangbar

---

1) Mandry, das gemeine Familiengüterrecht Bd. 1 1871, Bd. 2 1876.

2) Gajus, Inst. II § 87. Igitur, quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirant, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

3) Brinz, Pandekten Bd. 3 S. 614 Anm. 2.

4) Vgl. Mandry, über Begriff und Wesen des Pekulium 1869, Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 1. Dort siehe S. 2 Anm. 1 die Litteratur über das Pekulium. Das Pekulium wird bei den Byzantinern und der Glosse sowie bei den Neueren „profecticium" genannt, d. h. das vom Vater stammende, im Gegensatze zu anderem Kindeserwerbe, dem „adventicium", welches aber im justinianischen Rechte in Wahrheit kein „peculium" mehr ist.

5) Das peculium wird von den Römern definirt als „veluti patrimonium filiorum filiarumque, item servorum" § 10 I. de act. 4, 6; l. 47 § 6 D. de peculio 15, 1. Es ist Vermögen, welches thatsächlich der gewaltunterworfenen Person, rechtlich deren Gewalthaber gehört: Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 6. Es entsteht nur durch die Koncession des Hausvaters: Mandry a. a. O. S. 69.

war.[6] Diese Haftung bezog sich keineswegs bloß auf Schulden, welche das Hauskind in Folge einer Ermächtigung des Hausvaters kontrahirt hatte, sondern auch auf diejenigen, die es ohne den Willen des Vaters, ja gegen dessen Verbot, eingegangen hatte.[7]

Obligationen zwischen den durch eine Gewalt verbundenen Personen waren klaglos, also bloß natürliche.[8]

II. Die alte Organisation des Hauses erhielt sich rein bis zum Anfang der Kaiserzeit. Von da an erfuhr sie allmählich Modifikationen.

1. Gewisse Vermögen erwirbt das Hauskind zu Eigenthum und zu eigener Verwaltung — freies Kindesgut. Dahin gehört das peculium castrense, d. h. der Erwerb des Haussohnes in Folge des Kriegsdienstes, ferner das peculium quasi castrense, vorzugsweise Erwerb als Beamter, Advokat, Geistlicher, endlich die irregulären Adventicien, d. h. Erwerb des Kindes, welcher nach besonderer Bestimmung von dem Nießbrauche und der Verwaltung des Vaters frei ist.

2. Hiervon abgesehen, wurde der Erwerb des Kindes, welcher nicht vom Vater stammt, zwar dem Kinde zu eigen, trat aber in den Nießbrauch und in die Verwaltung des Vaters — reguläres Adventizgut oder unfreies Kindesgut.

III. In Deutschland traten weitere Veränderungen ein, welche dem Familiengüterrechte ein neues Gepräge gaben.

1. Ein Pekulium im römischen Sinne war dem gemeinen Rechte unbekannt.

Natürlich konnte der Hausvater seinem Kinde gewisse Theile seines Vermögens zur Verwaltung und zum Genusse überlassen. Es überträgt z. B. ein Vater seinem Sohne die Administration eines seiner Güter. Hierin liegt aber nichts Anderes als Mandat und Vollmacht. Der

---

6) Ueber die Pekulienklagen vgl. oben Bd. 2 S. 38 Anm. 6.

7) l. 17 § 4 D. de instit. a. 14, 3.

8) § 6 I. de inutilibus stipulationibus 3, 19, l. 2 pr. D. de contr. empt. 18, 1, l. 7 D. de obl. et act. 44, 7. Von der Pfordten, Abhandlungen n. 2. „Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen", Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 150. Gewöhnlich führt man die Ausschließung klagbarer Obligationen zwischen Hausgenossen auf die s. g. Personeneinheit zurück, die zwischen Hausvater und Hauskind bestehe. In der That finden sich Anklänge an diesen Gedanken in den Rechtsquellen. So sagt Justinian in der l. 11 § 1 C. de impub. substit. 6, 26: „cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur" und § 4 I. de inut. stip. 3, 19: „quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur in his rebus quae tibi adquiri possunt". Wörtlich ist dies nicht zu nehmen. Es ist nichts gemeint, als daß das Haus nach außen hin als eine Einheit gilt, so daß die Streitigkeiten zwischen den Familiengliedern innerhalb desselben zu erledigen sind und nicht vor die Gerichte gebracht werden können. Die Neueren polemisiren meist gegen den Begriff der Personeneinheit. Vgl. die bei Arndts § 435 Anm. Citirten.

Hausvater haftet also aus Geschäften, welche jener Haussohn zu den Zwecken der Gutsadministration vornahm, persönlich und keineswegs bloß bis zum Betrage des Werthes des Gutes, welches er ihm überließ, wie bei der Pekulienklage der Fall war. Dagegen steht er nur für Schulden ein, welche in den Kreis der Vollmacht des Hauskindes fallen, also z. B. keineswegs wegen etwaiger Börsenspekulationen jenes Hauskindes, während er mit der Pekulienklage auch für solche Schulden belangbar war.[9]

2. Der Satz, daß zwischen den in einer Hausgewalt stehenden Personen klagbare Geschäfte nicht möglich seien, war dem gemeinen Rechte fremd. Es konnte daher das großjährige Hauskind selbständig und das minderjährige unter Zustimmung eines Pflegers klagbare Rechtsgeschäfte mit seinem Hausvater abschließen.[10] [11]

IV. Die elterliche Gewalt des B.G.B. § 1626 ist aus der väterlichen Gewalt des gemeinen Rechtes erwachsen. Der Gewalthaber hat Nutznießung des Vermögens seines minderjährigen Kindes; dies kann auch unfreies Kindesgut haben. Das Einzelne ist selbständig geordnet.

§ 33. Die Ausbildung des unfreien Kindesvermögens.[1]

Nach justinianischem Rechte gehört dem Hauskinde Alles, was es nicht aus dem väterlichen Vermögen erwirbt; sein Hausvater aber hat in der Regel den Nießbrauch und die Verwaltung des Kindesvermögens.[2] Dasselbe kann man daher zutreffend, „unfreies Kindesgut" nennen; gewöhnlich bezeichnet man es aber als „reguläres Adventizgut"

---

9) Daß das Pekulium im römischen Sinne nicht mehr „praktisch" sei, behauptete Savigny, Obl.R. Bd. 1 S. 52, ebenso Brinz Bd. 3 S. 661. Doch gehörte auch diese Frage zu den bestrittenen. Eine Anwendung der actio de peculio oder gar der actio tributoria haben jedoch die Gegner nicht nachweisen können.

10) Allgemein anerkannt war die Geltung von solchen Verträgen, welche zu einer Endigung der Gewalt führen, insbesondere von solchen über Gutsüberlassung. Aber die Praxis der meisten Gerichte geht weiter und verneint die „Personeneinheit" überhaupt. So namentlich R.G. Bd. 16 S. 113; vgl. Stölzel, väterliche Gewalt § 9, dagegen Brinz Bd. 3 S. 662. Wie der Text B.G.B.

11) Auch Schenkungen des Vaters an das Kind waren gemeinrechtlich gültig, da der Grundsatz weggefallen war, aus dem deren Ungültigkeit im römischen Rechte folgte. Vgl. die bei Stölzel a. a. O. S. 25 Anm. 7 Citirten. Ebenso B.G.B. Diese Schenkungen sind je nach der Absicht des Vaters „freies" oder auch „unfreies" Kindesgut.

1) Tit. Cod. de bonis maternis et materni generis 6, 60, de bonis quae... liberis... adquiruntur, 6, 61. Marezoll, Revision der Lehre von den s. g. Adventicien in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 2, 6, 9.

2) § 1 I. per quas personas 2, 9, l. 6 pr. § 1 C. h. t. 6, 61.

im Gegensatz zu dem aus der Substanz des väterlichen Vermögens in die Hand des Kindes gelangten profecticium.[3]

Noch im Beginne der christlichen Kaiserzeit gehörten die Adventicien des Kindes dem Hausvater. Aber Konstantin sicherte den Kindern ihr Muttergut für den Fall des Todes des Vaters.[4] Anderer Kindeserwerb wurde später gleichgestellt.[5] Allmählich entwickelte sich hieraus die Vorstellung, daß das Kind Eigenthümer der Adventicien sei und daß sich das Recht des Vaters auf Nießbrauch und Verwaltung beschränke.[6] Immerhin wirkte die alte Auffassung in folgenden Sätzen nach:[7]

a) der Vater ist berechtigt, einen dem Kinde angetragenen Erwerb, z. B. Erbschaften und Vermächtnisse, welchen dieses zurückweist, für sich in Anspruch zu nehmen.

Dies galt als gemeinrechtlich.[8]

b) Der väterliche Nießbrauch und die Verwaltung erlosch in Rom nicht schlechthin mit der Gewalt des Vaters. Er dauerte namentlich im Falle des Todes des Kindes fort, wenn der Vater nicht an dessen Erbschaft betheiligt war.[9]

Gemeinrechtlich endigte dagegen das Nießbrauchsrecht des Vaters unbedingt mit dessen Gewalt.[10]

---

3) Im Gebrauche ist auch der Name „peculium adventicium". Gewiß wenig glücklich. Das peculium war im Eigenthume des Vaters, aber im Genusse des Kindes, das unfreie Kindesgut ist im Eigenthume des Kindes, aber im Nießbrauche und in der Verwaltung des Vaters, vgl. übrigens Marezoll a. a. O. S. 58.

4) l. 1 C. h. t. 6, 60, l. 1 C. Theod. de bonis maternis 8, 18 vom Jahre 319. Konstantin schloß sich hierbei an die griechische Rechtsanschauung an, die auch unter der Herrschaft des römischen Rechts nicht ausgestorben war; Mitteis, Reichsrecht S. 211.

5) Durch die l. 2 C. h. t. 6, 60 wurde Erwerb von der Mutterseite gleichgestellt, später auch Erwerb vom Ehegatten des Hauskindes l. 1 C. h. t. 6, 61.

6) Darüber, daß der Vater mindestens bis Theodosius II. Eigenthümer des Kindesgutes blieb, daß dies aber ein praecipuum aus der Erbschaft des Vaters für das Kind bildete und durch ein Veräußerungsverbot gegen Entfremdung seitens des Vaters gesichert war, vgl. Brinz, Bd. 3 S. 644, Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 248.

7) l. 8 C. h. t. 6, 61.

8) B.G.B. kennt den Satz nicht mehr.

9) Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 13 n. 9: „Wie geht das väterliche Recht an den Adventicien verloren?" Vangerow Bd. 1 § 236 Anm. 3, Brinz Bd. 2 S. 651.

10) Vgl. Arndts § 436. Wendt, Pand. § 311 Anm. 3. Uebereinstimmend B.G.B.

§ 34. Das unfreie Kindesgut im Einzelnen.[1]

Der Vater hat am unfreien Kindesgut Nießbrauch[2] und Verwaltung.[3] Aber diese Befugnisse sind von den gewöhnlichen Begriffen des Nießbrauches und der Verwaltung wesentlich verschieden.[4]

1. Der Nießbrauch des Vaters bezieht sich auf das Gesammtvermögen. Je nach der Beschaffenheit der Vermögensstücke ist er wahrer oder — insbesondere an verbrauchbaren Sachen — uneigentlicher.[5]

Die Gläubiger des Kindes können ohne Rücksicht auf den väterlichen Nießbrauch ihre Befriedigung aus dem Kindesvermögen betreiben.

2. Die Bewirthschaftung durch den Vater ist eine freiere; er darf wesentliche Veränderungen vornehmen. Eine Nießbrauchskaution hat er nicht zu leisten.[6]

3. Die Verwaltung des Kindesgutes geschieht aus eigenem Rechte, nicht in Vertretung des Hauskindes.[7]

An die Zustimmung seines Kindes ist der Vater daher nicht gebunden, auch wenn dieses großjährig ist; jedoch soll er die Einwilligung des großjährigen anwesenden Kindes bei Führung von Prozessen einholen.[8]

Rechnung braucht der Vater seinem Hauskinde nicht zu legen, weil

---

1) Völk in den Blättern für Rechtsanwendung. 1890. Ergänzungsband n. 1 bis 8. J. Jacobsohn, d. ususfructus paternus an den bona adventicia der Hauskinder. Berliner Jn.diss. 1893.

2) B.G.B. § 1652.

3) Nach B.G.B. § 1638 erstreckt sich die Vermögensverwaltung des Vaters auch auf das freie Kindesvermögen; eine Ausnahme macht das dem Kinde von Todeswegen oder unentgeltlich unter Lebenden zugewendete, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll.

4) l. 1 ff. C. h. t. 6, 60, l. 6 § 1 C. h. t. 6, 61 von Justinian, l. 6 § 2 a C. eod. Et gubernatio earum sit penitus impunita et nullo modo audeat filius familias vel filia vel deinceps persona vetare eum, cujus in potestate sunt, easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare.

5) Marezoll a. a. O. S. 362.

6) l. 8 § 4 d C. h. t. 6, 61: „paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus".

7) Marezoll a. a. O. S. 372. Nach B.G.B. ist die Verwaltung des Vaters eine weit beschränktere als nach gemeinem Recht, vgl. besonders §§ 1640—1642. Insbesondere bedarf der Vater in zahlreichen Fällen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. § 1643.

8) l. 8 § 3 C. h. t. 6, 61 spricht von Mündigen, nach gemeinem Rechte kann es sich nur um Großjährige handeln. Es ist nur von Prozessen die Rede, welche eine dem Kinde angefallene Erbschaft betreffen. Dies ist aber nicht als Singularität für Erbschaften, sondern als allgemeine Regel zu erachten. Anderer Ansicht Marezoll a. a. O. S. 382; dagegen siehe Arndts § 432 Anm. 4; vgl. auch Windscheid Bd. 2 § 517 Anm. 7.

er die Verwaltung für eigene Rechnung führt. Aber wegen nachweisbarer Verschuldung haftet auch er.[9]

Dem Vater ist die Veräußerung der Substanz nicht gestattet, abgesehen von unnützen Sachen und wegen Schulden des Kindes.[10]

Es ist übrigens nicht zu bezweifeln, daß der Vater unter Einwilligung des großjährigen Kindes veräußern kann. Und eine Veräußerung wegen Nutzens, unter Zustimmung eines zu diesem Zwecke bestellten Kurators des minderjährigen Kindes, ist gleichfalls als gültig anzusehen.[11]

4. Gemäß deutscher Rechtsauffassung hat der Vater die natürliche Vormundschaft über seine minderjährigen Kinder. In Gemäßheit derselben kann er solche Kinder persönlich durch Geschäfte zu deren Nutzen verpflichten,[12] ferner für dieselben auf angetragene Erbschaften verzichten.[13]

5. Der Nießbrauch des Hausvaters ist der Ausübung nach abtretbar. Die Nutzungen des Kindesvermögens können daher von den Gläubigern des Vaters in Anspruch genommen werden. Nach B.G.B. § 1658 gilt das Gegentheil; das Recht, das dem Vater kraft seiner Nutznießung am Vermögen des Kindes zusteht, ist nicht übertragbar.

6. Wegen ihres Muttergutes hatten die Hauskinder nach römischem Rechte eine Generalhypothek am Vermögen des Vaters,[14] wovon im praktischen Rechte wenig übrig ist. Nach der Konkursordnung haben sie aber wegen der regulären Adventicien ein Vorrecht im Konkurse ihres Vaters.[15]

---

9) In l. 1 C. h. t. 6, 60 bestimmt Konstantin für das Muttergut des Kindes „parentes omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere“. Dies ist auf alle Adventicien zu beziehen, l. 8 § 4 a und § 4 d C. h. t. 6, 61. Vgl. Arndts § 432 Anm. 3, Windscheid Bd. 2 § 517 Anm. 5; Marezoll a. a. O. S. 388 will die Haftung für die Diligenz auf die bona materna beschränken. Nach B.G.B. § 1664 haftet der Vater für culpa in concreto.

10) l. 8 §§ 4 und 5 C. h. t. 6, 61. Die Kinder können das ohne gesetzlichen Grund Veräußerte vindiciren. Erst von Endigung der Gewalt an läuft eine dreißigjährige Verjährung gegen ihre Vindikation. — Ueber Forderungen des Kindes kann der Vater verfügen, siehe Stölzel a. a. O. S. 31.

11) Die Hauskinder können unter Einwilligung des Vaters ihre Adventicien unter Lebenden veräußern, l. 8 § 5 C. h. t. 6, 61. Hieraus ist zu folgern, daß auch der Vater mit Zustimmung des Kindes veräußern darf. Dagegen erklärt sich Marezoll a. a. O. Aber nur das ist richtig, daß, wenn der Vater solchergestalt veräußert, der Erlös Adventizgut wird. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 n. 60; Windscheid Bd. 2 § 517 Anm. 14.

12) R.G. Bd. 15 S. 192 und 197. Vgl. B.G.B. § 1630.

13) Auch Vergleiche kann er für das Kind schließen, R.G. Bd. 16 S. 125, B.G.B. § 1643 Abs. 1, welcher auf § 1822 Nr. 12 nicht verweist. Ueber Verzichte auf Anfälle von Todeswegen vgl. § 1643 Abs. 2.

14) l. 8 § 4 C. de secundis nuptiis 5, 9, l. 6 § 4 C. h. t. 6, 61. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 376.

15) K.O. § 61 Ziff. 5.

§ 35. Das freie Kindesvermögen.

Mehrere Bestandtheile des Kindesvermögens sind frei von dem Nießbrauche und der Verwaltung des Hausvaters. Für sie alle gilt, daß, was sich aus ihnen entwickelt und mit ihnen vom Kinde erworben wird, in die gleiche Rechtslage tritt.[1]

1. Freies Kindesvermögen ist vor allem das castrense peculium,[2] d. h. der Erwerb des Haussohnes als Soldat.[3] Zuerst erhielt der Haussohn durch Augustus die Befugniß, über solchen Erwerb letztwillig zu verfügen;[4] später erlangte er die unbeschränkte Verfügung über denselben; schließlich erkannte man ihn als freien Eigenthümer an.[5]

Dies galt als Begünstigung des Soldatenstandes, hatte aber seinen tieferen Grund darin, daß der Berufssoldat durch den Dienst von Hause getrennt und, oft in weiter Ferne stationirt, selbständig wirthschaften mußte. Auf seine Verhältnisse paßte daher die auf das Zusammenleben und die gemeinsame Arbeit der Glieder des Hauses gegründete alte Familienverfassung nicht mehr.

Zum castrense peculium gehörten Sold und Beute des Soldaten, das zu seiner militärischen Ausstattung Gewährte, ferner Zuwendungen von Kommilitonen, endlich auch Erbschaften seitens seiner Frau.[6]

2. Denselben Charakter erhielt seit der christlichen Kaiserzeit das peculium quasi castrense, der Erwerb als Staatsbeamter, Advokat oder Geistlicher, da alle diese Personen Namen, Ehre und Rechte der Soldaten erhielten; nicht minder das vom Regenten oder der Regentin Geschenkte, da dies als nach besten Rechten verliehen galt.[7] [8]

---

1) Uebereinstimmend B.G.B. § 1638 Abs. 2, § 1651 Abs. 2.

2) Tit. Dig. de castrensi peculio 49, 17. Cod. 12, 36. Eine besonders gründliche Monographie ist Fitting, das castrense peculium 1871.

3) l. 11 D. h. t. 49, 17. Macer libro 2 de re militari: Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit, quod nisi militaret adquisiturus non fuisset, nam quod erat et sine militia adquisiturus id peculium ejus castrense non est. l. 1 C. h. t. 12, 36, l. 8 D. h. t. 49, 17.

4) pr. J. quibus non est permissum 2, 12, Ulp. fragm. XX § 10.

5) Nach Hadrian wurde der Sohn als Eigenthümer des peculium castrense angesehen, Fitting a. a. O. S. 131. Starb aber das Hauskind ohne Testament, so galt das Vermögen in Gemäßheit des alten Rechtes doch als dem Vater verblieben, l. 2, l. 14 pr., l. 19 § 3 D. h. t. 49, 17. In Gemäßheit der Novelle 118 änderte sich auch dies, und vererbt sich dies Vermögen in Ermangelung eines Testamentes nach den Regeln der gewöhnlichen Intestaterbfolge.

6) l. 13 D. h. t. 49, 17.

7) Ueber die Entstehung des peculium quasi castrense vgl. Fitting S. 416, über den Umfang Fitting S. 447.

8) Die gemeinrechtliche Gewohnheit behandelt, über das römische Recht weit hinausgehend, aber dem modernen Rechtsbewußtsein entsprechend, als peculium quasi

3. Freies Kindesgut bilden endlich die irregulären Adventicien, in Folge von Gesetzen Justinians.[9]

Sie entstehen durch liberale Zuwendungen von Dritten an das Kind, die unter Ausschluß des Nießbrauches und der Verwaltung des Vaters erfolgen,[10] ferner durch den Verzicht des Vaters auf Nutzung und Verwaltung.

Nach positiver Bestimmung gehört hierher auch, was das Hauskind von einem seiner Geschwister ab intestato ererbt hat, wenn der Vater Miterbe war. Dann soll sich nämlich der Vater mit seinem Erbtheil begnügen.[11]

Der großjährige Haussohn verwaltet das irreguläre Adventizgut persönlich; für den minderjährigen ist ein Kurator zu bestellen. Dies kann auch der Vater sein. Er handelt dann aber als Vormund und Vertreter des Kindes, nicht kraft väterlichen Rechtes.

Ueber seine irregulären Adventicien kann das Hauskind nicht testiren, wohl aber über sein peculium castrense und quasi castrense.[12]

Drittes Kapitel.

Rechte und Pflichten der Eltern.

§ 36. Rechte bezüglich der Person des Kindes.

I. Im alten Rom war die Person des Kindes der Gewalt seines Hausvaters unbedingt unterworfen, Leben und Tod

castrense Alles, was ein Hauskind durch persönliche, nicht rein manuelle oder handwerksmäßige Thätigkeit außerhalb des väterlichen Gewerbes erwirbt. Siehe Fitting S. 628. In unserem Jahrhundert wurde diese Gewohnheit freilich überwiegend von den Theoretikern als nicht quellenmäßig verworfen. Siehe Fitting a. a. O. S. 630, vgl. auch R.G. Bd. 16 S. 124.

9) Buchholtz, Fälle der extraordinären Adventicien in Lindes Zeitschrift Bd. 14 n. 11, Brinz Bd. 3 S. 652.

10) Nov. 117 cap. 1. Die bloße Ausschließung vom Nießbrauch nimmt dem Vater noch nicht das Recht der väterlichen Verwaltung, R.G. Bd. 10 S. 149.

11) Nov. 118 cap. 2.

12) Das „freie Vermögen" des B.G.B. ist nur der Nutznießung des Vaters nicht unterworfen. Die Verwaltung desselben steht ihm, abgesehen vom Falle des § 1638 — oben § 34 Anm. 3 — zu. Freies Vermögen sind 1) die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmten Sachen, insbesondere Kleider und Schmucksachen und Arbeitsgeräthe, 2) was das Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach § 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt, 3) was das Kind von Todeswegen erwirbt oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung,

stand in dessen Hand; nicht minder hatte er das Recht zum Verkaufe des Kindes.

Im jüngsten römischen Rechte blieb hiervon nur die Befugniß des Hausvaters zu mäßiger Züchtigung des Hauskindes [1] und zum Verkaufe von Neugeborenen aus Noth. [2]

II. Gemeinrechtlich ist es Elternrecht, die Kinder zu erziehen und zu leiten. Hieraus ergeben sich ihre Befugnisse über die Person des Kindes. Die väterliche Gewalt als solche hat in dieser Richtung keine besondere Bedeutung mehr. [3]

In erster Linie hat der Vater die Erziehung, auch wenn er die Gewalt über das Kind nicht haben sollte, in zweiter Linie hat sie die Mutter. Diese aber geht in der Regel dem Vater vor, wenn er die Schuld einer Scheidung der Ehe hat, [4] nicht minder, wenn sein Lebenswandel das Wohl des Kindes gefährden würde. [5] [6]

Das Erziehungsrecht begreift grundsätzlich die religiöse Erziehung des Kindes in sich. Nach dem 14. Jahre — s. g. annus discretionis Unterscheidungsjahr — kann das Kind aber sein religiöses Bekenntniß selbständig bestimmen. [7]

Die Klage auf Gestattung der Wegführung des Kindes und dessen Auslieferung — das interdictum de liberis exhibendis et ducendis —, welche zunächst dem Hausvater zustand, [8] gebührt derzeit demjenigen der

---

der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß das Vermögen der Nutznießung entzogen sein soll.

1) l. 3, l. 4 C. de patria potestate 8, 46. In schwereren Fällen kann der Vater bei der Obrigkeit härtere Bestrafung, insbesondere Unterbringung in Besserungsanstalten beantragen. Vgl. B.G.B. § 1631 Abs. 2.

2) l. 2 C. de patribus qui filios distraxerunt 4, 43. Burchardi, das gemeinrechtliche Erziehungsrecht im Archiv f. civ. Praxis Bd. 8 n. 8.

3) Vgl. auch B.G.B. § 1634.

4) Nov. 117 cap. 7. Die Regel ist keine unbedingte. Das Vormundschaftsgericht bestimmt nach seinem Ermessen im Interesse des Kindes. Es kann daher auch dem schuldigen Theile die Erziehung überlassen, wenn derselbe hierzu fähiger erscheint, l. un. C. divortio facto 5, 24. Vgl. B.G.B. §§ 1635, 1636.

5) l. 1 § 3 D. de liberis exhib. 43, 30. R.G. Bd. 18 S. 186.

6) Ueber Verträge geschiedener Ehegatten bezüglich der Erziehung ihrer Kinder vgl. R.G. Bd. 21 S. 161.

7) Daß in gemischten Ehen die Religion des Vaters bis zu den Unterscheidungsjahren entscheide, nahm der Friedensexekutionskongreß zu Nürnberg vom Jahre 1650 mit Zustimmung der katholischen und evangelischen Stände an. Glück Bd. 2 S. 225. Anders Seuff. A. Bd. 50 n. 24. Der Begriff der Unterscheidungsjahre wurde reichsgesetzlich nicht festgestellt und blieb gemeinrechtlich bestritten; meist nahm man an, daß das 14. Jahr das maßgebende sei. Nach Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 134 bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder.

8) Tit. Dig. de liberis exhibendis 43, 30. Vgl. die bei R.G. Bd. 10 S. 115 Citirten.

Eltern, welcher das Erziehungsrecht hat.[9] Der Beklagte kann sich auf Verträge, durch welche ihm die Erziehung überlassen wird, nur berufen, wenn sie dem Kinde von Nutzen sind.[10]

§ 37. Gegenseitige Alimentationspflicht von Ascendenten und Descendenten.[1]

Daß Eltern ihre Kinder im Bedürfnißfalle zu erhalten haben, lehrt Natur und Instinkt, und daß die Kinder ihre Eltern in Fällen der Noth nicht im Stiche lassen, ist Pflicht der Dankbarkeit und Pietät. Aehnliche Verbindlichkeiten haben entferntere Ascendenten und Descendenten gegen einander.[2]

Seit der Kaiserzeit wurden diese Pietätspflichten extra ordinem klagbar. Dabei war die nähere Festsetzung vom konkreten Falle und von dem Befunde der Umstände abhängig. Die Normen blieben daher vielfach flüssige.

Gemeinrechtlich werden die Alimente in derselben Weise wie ein gewöhnlicher Geldanspruch eingeklagt. Es haben sich festere Regeln gebildet, aber die besondere Lage des Falles ist immer noch zu würdigen und zu beachten. Sonst wird leicht, was höchste Billigkeit sein sollte, rücksichtslose Härte.

1. In welcher Reihenfolge die Ascendenten verbunden sind, ist im gemeinen Recht streitig. Natürlicherweise liegt die Alimentationspflicht zunächst den unmittelbaren Eltern ob, und zwar in erster Linie dem Vater, in zweiter der Mutter. Nur in Ermangelung leistungsfähiger Eltern sind die Großeltern verbunden. Zwischen den väterlichen und den mütterlichen Großeltern ist kein Unterschied zu machen.[3]

Andererseits haben auch die Ascendenten zunächst ihre näheren und dann erst ihre entfernteren Descendenten in Anspruch zu nehmen.[4]

---

9) Vgl. l. 2, l. 3 C. de liberis exhibendis 8, 8. B.G.B. § 1632: Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht, die Herausgabe des Kindes von Jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält.

10) Weiter geht in der Annahme der Unverbindlichkeit derartiger Verträge R.G. Bd. 10 S. 114. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 48 n. 39 (R.G.), Bd. 54 n. 229.

1) Tit. Dig. de agnoscendis et alendis liberis 25, 3; Puggé im rhein. Museum Bd. 3 S. 559; Reinhard in Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 13 n. 5; Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 246; Pernice i. d. Zeitschr. d. Savignystift. r. A. Bd. 5 S. 22.

2) Vgl. auch B.G.B. § 1601: Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren.

3) l. 5 §§ 1 ff. D. h. t. 25, 3. Eine bestimmte Ordnung der Pflichtigen hat sich in Rom nicht ausgebildet. Die Grundsätze des Textes hat das R.G. Bd. 4 S. 151 angenommen und insbesondere die Ansicht verworfen, daß der väterliche Großvater vor dem mütterlichen hafte. Uebereinstimmend B.G.B. § 1606 Abs. 2.

4) Vgl. B.G.B. § 1606 Abs. 1.

Mehrere in gleicher Linie Pflichtige haften solidarisch.[5] Doch fordert die Billigkeit des Verhältnisses, daß, wer die Last zunächst trägt, behufs ihrer Vertheilung seinen Rückgriff gegen diejenigen nehmen kann, welche wie er verpflichtet waren.

2. Vorausgesetzt ist die Bedürftigkeit des Klägers, also Armuth und Arbeitsunfähigkeit, oder doch unverschuldete Verdienstlosigkeit desselben.[6]

Durch grobe Verletzung der Kindes- oder der Elternpflicht wird der Anspruch verwirkt.[7]

Die Alimente sind standesgemäß zu gewähren.[8]

3. Der Beklagte muß zur Reichung der Alimente im Stande sein, sei es aus seinem Vermögen, sei es auch aus seinem Verdienste. Aber nur zu Gunsten unmündiger Kinder ist die Verpflichtung eine unbedingte. Hiervon abgesehen muß dem Beklagten so viel gelassen werden, daß er nicht selbst Mangel zu fürchten hat.[9][10]

Die Verpflichtung ist höchstpersönlich. Die Erben des Pflichtigen bleiben jedoch bei äußerster Dürftigkeit des Berechtigten haftbar.[11]

---

5) So R.G. Bd. 4 S. 151. Nach B.G.B. § 1606 bestimmt sich die Unterhaltspflicht der Abkömmlinge nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung und dem Verhältnisse der Erbtheile. Unter den Verwandten der aufsteigenden Linie haften mehrere gleich nahe zu gleichen Theilen.

6) l. 5 § 7 D. h. t. 25, 3. B.G.B. § 1602 Abs. 1: Unterhaltsberechtigt ist nur, wer außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten.

7) l. 5 § 11 D. h. t. 25, 3, l. 4 C. de alendis liberis 5, 25. R.G. Bd. 5 S. 156. Nach B.G.B. § 1611 können unwürdige Verwandte den nothwendigen Unterhalt verlangen.

8) Uebereinstimmend B.G.B. § 1610. Ueber die Art der Entrichtung der Alimente vgl. § 1612.

9) R.G. Bd. 5 S. 160. B.G.B. § 1603 Abs. 1 besagt: Unterhaltspflichtig ist nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Ueber die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber minderjährigen unverheiratheten Kindern vgl. § 1603 Abs. 2.

10) Man streitet darüber, ob der Kläger die Leistungsfähigkeit des Beklagten beweisen müsse, oder ob der Beklagte seinerseits seine Unfähigkeit darzuthun habe. Das R.G. Bd. 4 S. 154 hat sich für das Erstere erklärt, „weil die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten Voraussetzung des Alimentationsanspruches sei". So richtig diese Bemerkung ist, so unhaltbar ist der an dieselbe geknüpfte Schluß. Nicht jede Voraussetzung des Klagerechtes muß vom Kläger bewiesen werden. Es handelt sich um einen Anspruch, welcher „ex aequitate descendit caritateque sanguinis", l. 5 § 2 D. h. t. 25, 3. Dieser Billigkeit und Blutsfreundschaft entspricht es aber nicht, wenn der Beklagte einen Beweis über die eigenen Vermögensumstände fordert, welche er allein ausreichend kennen und die er leicht offen legen kann. Wie hier B.G.B.

11) l. 5 § 17 D. h. t. 25. 3. Vgl. B.G.B. § 1615.

§ 38. Alimentationsansprüche unehelicher Kinder gegen ihren Erzeuger.[1]

Nach altem römischen Rechte hatten die unehelichen Kinder keinerlei Ansprüche gegen ihren Erzeuger. Sie galten wie ohne Vater geboren.

Justinian aber gab den Konkubinenkindern — den liberi naturales — ein Recht auf Alimente gegen den Erzeuger. Die gemeinrechtliche Praxis gewährte dasselbe allen unehelichen Kindern.[2] [3]

Dies mit gutem Grunde. Wer ein Kind erzeugt, muß es ernähren. Es widerspricht der Gerechtigkeit, wenn er die Folgen seines Thuns ausschließlich der Mutter und eventuell der bürgerlichen Gesellschaft aufbürdet.

Der Rechtsgrund ist nicht,[4] wie man seit dem vorigen Jahrhundert vielfach annahm, das Delikt des außerehelichen Beischlafes. Dem Konzipirten gegenüber ist die Handlung, die ihm das Leben gab, kein Unrecht und noch weniger Beschädigung. Der Grund des Anspruchs ist vielmehr die natürliche Verwandtschaft.[5]

1. Die Klage steht dem Kinde zu. Die Mutter oder die Gemeinde, welche den Unterhalt bestritten haben, können aber als negotiorum gestores klagen.[6]

Der Anspruch geht auch gegen die Erben des Erzeugers.[7]

2. Kläger hat die außereheliche Vaterschaft zu beweisen. Hierzu

---

1) Die Litteratur siehe bei Roth, deutsches Privatrecht Bd. 2 § 171 Anm. 1 S. 367. Zirndorfer in der Savigny-Zeitschr. Rom. Abthlg. Bd. 20 S. 33.

2) Nov. 89 cap. 12 § 6, cap. 13 und 15. Spangenberg im Archiv für civ. Praxis Bd. 1 n. 5. B.G.B. §§ 1708 ff.

3) Der Art. 340 des code civil enthält das altrömische Princip: „La recherche de la paternité est interdite". Die Folgen sind beklagenswerthe. Namentlich im Arbeiterstand kommt es oft vor, daß der Mann, welcher Jahre lang in wilder Ehe lebte und Kinder erzeugte, sich von der Lebensgefährtin willkürlich trennt und ihr die Sorge für die Kinder allein aufbürdet.

4) Vertreter der Deliktstheorie sind u. A.: Duntze im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 n. 7; Puchta, Pandekten § 316; auch Windscheid Bd. 2 § 475 Anm. 18. Derselbe führt aus, der Beischlaf mit der Mutter in der Konzeptionszeit ergebe keinen „nothwendigen" Schluß auf die Erzeugung. Warum werde er dennoch hier gemacht? Weil, meint er, der Beischlaf ein Delikt sei. — In Wahrheit ist jener Schluß dadurch gerechtfertigt, daß er erfahrungsmäßig begründet ist. Der Konkumbent entkräftet ihn, wenn er den Beischlaf der Mutter in der kritischen Zeit mit Anderen darthut. So auch Brinz Bd. 3 S. 779. Vgl. noch Ztschr. f. Verw. u. Rspfl. in Oldenbg. Bd. 19 S. 215 ff., 317 ff.

5) Daher ist auch der geisteskranke Erzeuger alimentenpflichtig.

6) B.G.B. § 1709 Abs. 2 bestimmt: Soweit die Mutter oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter dem Kinde den Unterhalt gewährt, geht der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Vater auf die Mutter oder den Verwandten über. Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Kindes geltend gemacht werden.

7) Anders Arch. f. prakt. Rswissensch. 3. F. Bd. 5 S. 63. Wie der Text B.G.B. § 1712 Abs. 1, vgl. aber auch Abs. 2.

genügt der Nachweis der Geschlechtsgemeinschaft des Beklagten mit der Mutter während der Konzeptionszeit.

Bestritten ist die Zulässigkeit der exceptio plurium constupratorum, d. h. Berufung darauf, daß die Mutter während der kritischen Zeit mit Anderen zu thun hatte. Nach richtiger Ansicht stellt der Nachweis dieser Thatsache die Vaterschaft der Art in das Ungewisse, daß keiner der Beischläfer in Anspruch genommen werden kann. Die Anhänger der Deliktstheorie dagegen lassen alle Beischläfer solidarisch haften, weil sie alle gleichermaßen das Delikt begangen hätten.[8]

3. Die Verpflichtung geht auf nothdürftige Alimente und stellt sich praktisch nur als ein Beitrag zu den Erhaltungskosten dar, welche im Uebrigen die Mutter oder deren Ascendenten oder der Armenverband tragen.

Die Alimentationspflicht dauert so lange, als das Kind sich nicht selbst ernähren kann.[9]

Vierter Abschnitt.

Das Vormundschaftsrecht.[1]

Erstes Kapitel.

Die Grundbegriffe.

§ 39. Die Entwickelung des römischen Vormundschaftsrechtes.

I. **Vormundschaft ist das Amt der Obhut und Vertretung schutzbedürftiger Gewaltfreier.**[2]

Die Vormundschaft ist ein **Surrogat der väterlichen Ge-**

---

8) R.G. Bd. 40 S. 179. B.G.B. § 1717 erkennt die Zulässigkeit der exceptio — außer im Falle des § 1718 — an.

9) B.G.B. § 1708 besagt: Der Vater des unehelichen Kindes ist verpflichtet, dem Kinde bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres den der Lebensstellung der Mutter entsprechenden Unterhalt zu gewähren. Der Unterhalt umfaßt den gesammten Lebensbedarf sowie die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe. Vgl. auch Abs. 2. Nach § 1710 Abs. 1 ist der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Nach § 1711 kann der Unterhalt auch für die Vergangenheit verlangt werden.

1) Rudorff, das Recht der Vormundschaft 3. Bd. 1833 ff.; Kraut, die Vormundschaft des deutschen Rechtes 3. Bd. 1835 ff.; Dernburg, das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie, 3. Aufl., herausgegeben von Schultzenstein 1886.

2) l. 1 pr. D. de tutelis 26, 1. Paulus libro 38 ad edictum: Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

walt. Nur in Ermangelung der väterlichen Gewalt tritt daher Bevormundung ein. Nicht ein Widerspruch hiergegen, sondern nur eine verfeinerte Durchbildung des Grundgedankens liegt darin, daß im entwickelten Rechte auch über Hauskinder eine Vormundschaft in Fällen stattfindet, in welchen die Ausübung der väterlichen Gewalt behindert ist.[3]

II. Das Vormundschaftsrecht hat in Rom so verschiedene Entwickelungsstufen durchlaufen, daß Beginn und Ende scharfe Kontraste bilden.

1. Dieser Umgestaltung unterlag vornehmlich die tutela über Unmündige. Die alte Tutel über mündige Frauen nahm an ihr nur bis zu einem gewissen Grade Theil und starb dann ganz ab.[4]

a) Ursprünglich war die Tutel bloß Familienangelegenheit, später wurde sie Staatssache.

Vormünder — tutores legitimi — waren in alter Zeit einzig die Agnaten und der Patron des Mündels, also dessen Familiengenossen. Dazu kam die tutela testamentaria durch Testament des Hausvaters des Mündels.[5] Dieselbe gehörte gleichfalls dem Familienrechte an, allerdings ist sie schon von anderem Gepräge.

Obrigkeitliche Ernennung des Tutors wurde erst durch die lex Atilia eingeführt und zwar bloß für Fälle, in denen es sonst an einem Tutor fehlte. Sie war etwas ganz Außerordentliches, wie daraus erhellt, daß der Prätor den tutor Atilianus nur in Verbindung mit der Mehrheit der Volkstribunen ernennen durfte. Von derartigen Kautelen wußte die lex Julia Titia nichts, welche später in den Provinzen die Ernennung in gleichem Falle den Provinzialstatthaltern anvertraute.

In der Kaiserzeit geschah die Bestellung der Tutoren extra ordinem durch die Magistrate; sie wurde immer häufiger.[6]

b) Die Tutel war in alter Zeit bloß Recht des Tutors.[7]

---

3) Vgl. B.G.B. §§ 1773, 1909.

4) Die Tutel über Weiber behandeln: Löhr in seinem Magazin Bd. 3 S. 407; Stemann in Sells Jahrbüchern Bd. 3 n. 6; Keller, Institutionen S. 243. Ueber ihr Absterben vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 219.

5) Die testamentarische Tutel wird auf die 12 Tafeln zurückgeführt, l. 1 pr. D. de testamentaria tut. 26, 2. Doch — trotz Ulpian. fragm. XI § 14 — wurzelt sie schwerlich in einer ausdrücklichen Bestimmung dieses Gesetzes, sie ist vielmehr durch die Interpretation der Juristen geschaffen. Vgl. indeß Bruns, fontes S. 22 Anm. V. 3.

6) Vgl. tit. Inst. de Atiliano tutore 1, 20, Gajus, Inst. I § 185.

7) Daß die Tutel ursprünglich zum Vortheil der Vormünder und nicht der Mündel war, hat Löhr in seinem Magazin Bd. 3 n. 1: „Ueber die römischen Begriffe von Tutel und Kuratel" nachgewiesen. Nimmt man an — und dies ist nach dem jetzigen Standpunkte unserer Erkenntniß kaum zu bezweifeln —, daß die actio tutelae, durch welche der Vormund zur rechtlichen Verantwortung gezogen wird, erst der

Zwar knüpfte sich an sie auch ein Kreis von Pflichten gegen den Mündel an, aber sie waren sittlicher und ethischer, nicht rechtlicher Natur.[8]

Dies änderte sich durchaus. Schließlich in der Kaiserzeit ist von selbständigen Rechten des Tutors wenig mehr die Rede, wohl aber von rechtlichen Verpflichtungen tief einschneidender, zum Theil sehr lästiger Art.

c) Hierzu kommt ein Drittes. In der älteren Zeit hatte der Tutor freie Hand, ohne an die Zustimmung der Obrigkeit bei seinen Handlungen gebunden zu sein. Seit dem zweiten Jahrhundert nach Christi Geburt mußte er in immer steigendem Maße bei wichtigeren Akten die Genehmigung der Obrigkeit einholen.

2. Jünger als die tutela war ein zweites vormundschaftliches Institut Roms, die cura. Dieselbe betrifft Minderjährige, Geisteskranke, Verschwender, gebrechliche Personen, Vermögen von Abwesenden, ruhende Erbschaften.

Die cura stand dadurch im Gegensatze zur Tutel, daß sie nicht Rechte des Kurators, sondern Pflichten desselben begründete.[9] Eine fernere Verschiedenheit bildete, daß der Kurator regelrecht von der Obrigkeit bestellt wurde. Beide Unterschiede sind im justinianischen Rechte in Folge der Umbildung der Tutel zurückgetreten. Es blieb vorzugsweise folgendes: Der Tutor hatte das Recht der auctoritatis interpositio, wodurch er an sich unverbindliche Willenserklärungen des Mündels zu vollkräftigen machte. Diese Handlung war ein Formalakt, sie mußte in Gegenwart des Mündels, unmittelbar nach dessen Erklärung, mündlich vom Tutor vollzogen werden.[10]

Der Kurator hatte das Recht solcher auctoritatis interpositio nicht.[11]

---

späteren Republik angehörte, so erhalten die Ausführungen Löhrs ein verstärktes Gewicht. Anderer Ansicht ist freilich Cuq, les institutions juridiques S. 311.

8) Gellius, noctes atticae V cap. 13. Massurius Sabinus in libro juris civilis tertio: In officiis apud majores nostros ita observatum est primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini.

9) Löhr, Magazin Bd. 3 S. 9 nimmt an, daß auch die „cura" ursprünglich den Vortheil des Kurators und nicht des Kuranden bezweckte. Dies stützt er vorzugsweise darauf, daß die 12 Tafeln verordneten: „si furiosus est agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto". Cicero de inventione II cap. 50. Vgl. Bruns, fontes S. 23 Anm. 7a. Wenn sich aber auch das prätorische Institut der cura an diese Bestimmung zunächst anlehnte, so war dasselbe doch eine selbstständige Bildung, die neue Gesichtspunkte zur Geltung brachte.

10) Vgl. § 2 J. de auctoritate tut. 1, 21. Der römische Satz: tutor personae non rei datur l. 12—14 D. de test. tut. 26, 2 heißt nichts Anderes als: er wird der Person bestellt, damit er mit auctoritatis interpositio deren Willenserklärungen zu rechtsgültigen machen kann. Schüler, tutor personae datur, Göttinger Inauguraldissertation 1890.

§ 40. Gemeines Recht. Die Reichspolizeiordnungen.

I. Auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechtes war die Gesetzgebung des alten deutschen Reiches thätig, indem sie das justinianische Recht fortbildete und umgestaltete.

a) Die Reichspolizeiordnung von 1548 fordert, daß Pupillen und Minderjährigen jederzeit Vormünder gegeben werden.[1]

Sie legte damit den Grund der Verschmelzung der Tutel über die Unmündigen mit der Kura über die mündigen Minderjährigen zu einer einheitlichen Altersvormundschaft.

Dabei konnte die römische auctoritatis interpositio keine Wurzel fassen.

b) Des weiteren verordnet dieselbe Polizeiordnung, daß sich die Vormünder der Verwaltung nur unterziehen sollten, wenn ihnen die Verwaltung zuvor durch die Obrigkeit decerniert und befohlen sei.[2]

Dies führte dazu, daß jede Vormundschaft eine gerichtlich angeordnete — eine s. g. Dativtutel — wurde.[3]

c) Es fordert endlich die Reichspolizeiordnung von 1577, daß der Vormund ein Inventar errichtet, Kaution leistet, eidlich verpflichtet wird, nicht minder aber auch, daß er jährlich der Obrigkeit Rechnung legt.

Damit hat die obervormundschaftliche Gewalt der Obrigkeit das feste Rückgrat erlangt.[4]

---

11) Vorzugsweise Löhr, Magazin Bd. 1 n. 1 hat das Eigenthümliche der Tutel in das Recht der auctoritatis interpositio gesetzt. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Vangerow Bd. 1 § 263.

1) R.P.O. von 1548 Tit. 31 § 1. Vgl. A. F. Debray, das Vormundschaftsrecht der R.P.Ordnungen von 1548 und 1577. Göttinger Diss. 1899.

2) R.P.O. von 1548 Tit. 31 § 2 und R.P.O. von 1577 Tit. 32 § 2: „daß ein jeglicher Vormünder, er sei gleich in Testamentsweiß verordnet oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen". Nach dem Sprachgebrauche der Polizeiordnung bedeutete der Ausdruck „Obrigkeit" die „politische" Behörde und nicht den Richter. Erst später erhielten die Gerichte die Obervormundschaft. Roth, bayerisches Civilrecht 2. Aufl. Bd. 1 S. 650.

3) Die Tragweite der bezüglichen Bestimmung der R.P.O. ist freilich außerordentlich bestritten, vgl. Kraut a. a. O. Bd. 1 S. 238. Viele glauben, daß die „Tutel" nach gemeinem Rechte durch Testament und Gesetz gemäß den römischen Vorschriften deferirt werde und daß nur die Ausübung der Vormundschaft besonders obrigkeitlich übertragen werden müsse, „wobei aber die Obrigkeit die Bestätigung, welche der Vormund nachzusuchen habe, nicht ohne gehörigen Grund verweigern dürfe". Doch diese Auffassung entspricht weder dem Sinne der Polizeiordnung noch der Praxis, wie insbesondere Roth a. a. O. Bd. 1 S. 652 mit Recht ausgeführt hat. Weder von einer Verpflichtung des testamentarischen oder gesetzlichen Vormundes, die Dekretur der Verwaltung bei Gericht nachzusuchen, ist die Rede, noch auch von einer Verpflichtung der Obrigkeit, die testamentsweise verordneten oder gesetzlichen Vormünder zu bestätigen. Die testamentarische Ernennung des Vormundes ist vielmehr zu einem bloßen Vorschlage geworden.

4) R.P.O. von 1577 Tit. 32 § 3.

Wesentlich denselben Charakter wie die Altersvormundschaft erhielt die Vormundschaft über Geisteskranke und Verschwender.

Die anderen Arten der Kuratel unterscheiden sich noch dadurch von der normalen Vormundschaft, daß sie bloß einzelne vormundschaftliche Befugnisse geben, nicht die volle Repräsentation des Mündels.

II. Nach B.G.B. ist jede Vormundschaft obrigkeitliche, s. g. Dativtutel.

Sie ist entweder Vormundschaft „i. e. Sinn", welche die vollen Befugnisse eines Vormunds giebt,[5] oder Pflegschaft, welche nur in einzelnen Beziehungen vormundschaftliche Befugnisse gewährt.[6] Dies hat sich aus der römischen Tutel und Kuratel entwickelt.

§ 41. Die Gründe der Bevormundung.

Gründe der Bevormundung sind nach römischem und gemeinem Rechte:

1. Minderjährigkeit.

2. Geisteskrankheit.[1]

3. Entmündigung wegen Verschwendung.

4. Dauernde Behinderung an eigener Vermögensverwaltung durch Körpergebrechen, insbesondere Taubheit, Blindheit, Altersschwäche, Krankheit,[2] s. g. cura debilium personarum.

5. Neben dem Vormunde[3] und dem Vater sind, falls diese zur Besorgung einzelner Angelegenheiten nicht fähig sind, im Bedürfnißfalle Kuratoren zu bestellen.

6. Der Embryo kann einen Kurator erhalten.[4]

7. Für Vermögen, das nicht vertreten ist, insbesondere für das eines Abwesenden, ferner für eine ruhende Erbschaft kann ein Kurator bestellt werden.[5] — Bei solchen s. g. Realkuratelen war der Kurator in

5) B.G.B. kennt außer der Vormundschaft über Minderjährige eine Vormundschaft über entmündigte Volljährige §§ 1898—1905. Ferner kann nach § 1906 ein Volljähriger, dessen Entmündigung beantragt ist, unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden, wenn das Vormundschaftsgericht es zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens des Volljährigen für erforderlich erachtet.

6) Die Fälle der Pflegschaft siehe §§ 1909 ff.

1) Nur solche Geisteskranke erhalten einen curator furiosi, welche der Altersvormundschaft entwachsen sind, § 3 J. de curatoribus 1, 23, l. 3 pr. § 1 D. de tutelis 26, 1. Das Gleiche gilt von Verschwendern und gebrechlichen Personen.

2) § 4 J. de curatoribus 1, 23. Nach B.G.B. § 1910 ist in diesen Fällen die Anordnung einer Pflegschaft — doch in der Regel nur mit Einwilligung des Gebrechlichen — zulässig.

3) §§ 5 und 6 J. de curatoribus 1, 23. B.G.B. § 1909.

4) Ueber den Pfleger einer Leibesfrucht nach B.G.B. vgl. § 1912.

5) Adamkiewicz, der Rechtsbegriff der Kuratel 1892. Ueber den Abwesenheitspfleger nach B.G.B. vgl. §§ 1911, 1921, über den Nachlaßpfleger §§ 1960, 1975 ff.,

Rom nur zur Obhut über das Vermögen sowie zum Verkauf dessen, was sonst zu Grunde gehen würde, berechtigt.[6] Eine verbreitete Praxis hat aber seine Vollmacht mit Recht erweitert.[7]

§ 42. Die Vormünder.[1]

Die Verwaltung der Mündelangelegenheiten geschieht durch den Vormund. Als das Normale und Zweckmäßige gilt Verwaltung durch einen Vormund.[2]

Es können aber mehrere Vormünder berufen werden, vorzugsweise wenn dies das Testament des Vaters des Mündels verordnet hat.

Dann hat die Obrigkeit nähere Bestimmung zu treffen,[3] sie hat dabei väterliche letztwillige Verfügungen zu beachten, keineswegs aber unbedingt zu befolgen.[4]

a) Wird einem von mehreren Vormündern durch die Obrigkeit die Verwaltung ganz überwiesen, so sind die übrigen Ehrenvormünder — tutores honorarii. Als solche sind sie zur Ueberwachung des verwaltenden Vormundes berechtigt und verpflichtet, haben zu diesem Zwecke die Einsicht in die Vormundschaftsrechnungen und Papiere, die Kontrole der Anlage der Vormundschaftsgelder; äußerstenfalls haben sie die Absetzung des pflichtwidrig verwaltenden Vormundes zu betreiben.[5]

2012, 2017, über den Pfleger unbekannter Betheiligter § 1913, über den Pfleger eines durch öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden Zweck zusammengebrachten Vermögens § 1914.

6) l. 48 D. de administratione tut. 26, 7, l. 1 § 4 D. de muneribus 50, 4. Rudorff a. a. O. Bd. 1 S. 162.

7) Vgl. die bei Dernburg a. a. O. S. 416 Citirten. Nach B.G.B. § 1915 finden auf die Pflegschaft die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

1) Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 11 n. 1 S. 3; Keller, Pandekten § 437; Brinz Bd. 3 S. 832.

2) l. 3 §§ 3 u. 7 D. de adm. tut. 26, 7, B.G.B. § 1775.

3) Hinsichtlich der Regelung bestand ein besonderes prätorisches Edikt, dessen Inhalt aus § 1 J. de satisdat. tut. 1, 24 ersichtlich ist. Hiernach sollte eine Verhandlung mit den Vormündern stattfinden. In erster Linie war zu berufen, wer satisdatio anbot, sofern nicht der Mitvormund sich gleichfalls zu derselben bereit erklärte.

4) l. 3 § 3 D. de adm. tut. 26, 7, B.G.B. § 1797 Abs. 3.

5) l. 3 § 2 D. de administratione tutorum 26, 7. Ulpianus libro 35 ad edictum: Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. nec quisquam putet ad hos nullum periculum redundare: constat enim hos quoque, excussis prius facultatibus ejus qui gesserit, conveniri oportere: dati sunt enim quasi observatores actus ejus et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet et sollicite

b) Die Obrigkeit kann die Verwaltung der Vormundschaftsgeschäfte auch nach Bedürfniß unter die mehreren Vormünder theilen, sei es nach Geschäftszweigen, sei es nach Gegenden. Jeder hat dann nur das ihm zugetheilte Ressort zu verwalten, ist aber für das des Anderen Ehrenvormund.[6]

c) Kommt es nicht zu einer obrigkeitlichen Zuweisung oder Vertheilung der Geschäfte, so sind alle Vormünder zur Verwaltung gleichberechtigt. Sie haben aber keine Kollektivvollmacht, wonach sie zusammen handeln müßten. Vielmehr steht jedem Einzelnen die volle Vertretung zu,[7] jedoch so, daß jedem ein Einspruchsrecht gegen die von Mitvormündern beabsichtigten Handlungen zusteht.[8 9]

Die Verantwortlichkeit für die ganze Verwaltung wird durch bloße private Theilung der Geschäfte nicht aufgehoben.[10]

---

curare qualiter conversetur et si pecunia sit, quae deponi possit curare ut deponatur ad praediorum comparationem. Auch der tutor honorarius hatte in Rom an sich Verwaltungsrecht und auctoritas, aber er sollte sich nicht in die Verwaltung mischen, weshalb Dritte, welche das Verhältniß kannten und doch unter seiner auctoritas kontrahirten, keine Ansprüche erhielten. l. 49 D. de a. vel o. her. 29, 2 und l. 4 D. de auct. tut. 26, 8 vereinigen sich solchergestalt. Zustimmend ist Brinz Bd. 3 S. 837, dort siehe andere Vereinigungsversuche. Nach gemeinem Rechte hat der Ehrenvormund keinerlei Verwaltungsbefugniß, da ihm eben die Verwaltung nicht nach Vorschrift der Reichspolizeiordnung decernirt ist. An die Stelle des Ehrenvormundes tritt nach B.G.B. § 1792 der Gegenvormund. Er soll bestellt werden, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung verbunden ist, es sei denn, daß die Verwaltung nicht erheblich oder daß die Vormundschaft von mehreren Vormündern gemeinschaftlich zu führen ist. Ueber die durch den Gegenvormund auszuübende Ueberwachung vgl. §§ 1799, 1812, 1813, 1826, 1832, 1891.

6) l. 3 § 9, l. 4 D. de adm. tut. 26, 7, B.G.B. § 1797 Abs. 2.

7) Nach vorjustinianischem Rechte bedurfte es bei der legitima tutela regelrecht zu allen Verfügungen der auctoritas sämmtlicher Vormünder. Cicero pro Flacco 34: „nihil potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui". Dagegen genügte bei testamentarischen und obrigkeitlichen Vormündern die auctoritas eines einzelnen der Vormünder. Justinian hob diesen Unterschied in der l. 5 C. de auctoritate praestanda 5, 59 auf. Jeder Vormund hat die volle Verfügung; nur zu Angelegenheiten, welche die Aufhebung der Tutel mit sich führen, namentlich zur Arrogation des Mündels, bedarf es der Zustimmung aller Tutoren.

8) l. 7 § 3 D. de curat. furioso 27. 10. — Vgl. übrigens noch l. 47 pr. D. de adm. tut. 26, 7. Nach B.G.B. § 1797 Abs. 1 führen mehrere Vormünder die Vormundschaft gemeinschaftlich. Bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet das Vormundschaftsgericht.

9) Jeder der mehreren Tutoren ist solidarisch verantwortlich. Dem in Anspruch Genommenen steht aber das Recht der Klagencession offen, l. 2 C. de dividenda tutela 5, 52. Carus, Carinus et Numerianus a. 284: Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adulescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda. Ueber die Haftung nach B.G.B. vgl. § 1833 Abs. 2.

10) l. 2 § 3 C. de dividenda tutela 5, 52. Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt, non prohibetur adulescens et unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat.

§ 43. Die Obervormundschaft.

I. Die Obrigkeit gewann zwar im späteren römischen Rechte steigenden Einfluß auf die Vormundschaft, aber eine einheitliche und systematische Zusammenfassung ihrer Rechte und Pflichten geschah nicht.[1]

II. Sie erfolgte aber im gemeinen Rechte.

Obervormundschaftliche Behörde ist das Gericht erster Instanz des Domicils des Mündels.[2] Dasselbe ist bei ehelichen Minderjährigen in der Regel das letzte Domicil des Vaters, bei unehelichen das Domicil der Mutter. Auch nach B.G.B. ist die obervormundschaftliche Behörde das Gericht.[3]

Die Hauptbefugnisse der Obervormundschaft sind:[4]

1. Bestellung des Vormundes, Entscheidung über Ablehnungsgründe, Absetzung und Entlassung.

2. Genehmigung zu Veräußerungen.

3. Prüfung der periodisch zu legenden Rechnungen des Vormundes.[5]

Die Obervormundschaft hat nicht die Aufgabe, selbst den Mündel zu vertreten. Sie hat aber Aufsicht und Leitung. Sie kann daher den Vormund mit Anweisungen bezüglich der Führung der Geschäfte versehen. Je nach dem Vertrauen, welches der Vormund verdient, hat sie die Zügel mehr oder minder straff anzuziehen.

Wer die Obervormundschaft verwaltet, haftet dem Mündel für Verschuldung, aber nur subsidiär, d. h. soweit nicht von anderer Seite Ersatz erlangt werden kann.[6]

In Rom pflegte der Magistrat bei der Entscheidung über persön-

---

1) l. 6 § 2 D. de tutelis 26, 1.

2) In Rom wurde vorzugsweise auf die Heimath — origo — des Mündels gesehen, l. un. C. ubi petantur tut. 5, 32. Ueber die Frage, ob sich die Tutel auf das außerhalb des Jurisdiktionsbezirkes Belegene erstreckte, vgl. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 11 S. 104.

3) Doch läßt Art. 147 Einf.Ges. unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen für die dem Vormundschaftsgericht obliegenden Verrichtungen andere als gerichtliche Behörden zuständig sind.

4) Vgl. B.G.B. §§ 1774, 1788, 1789, 1796, 1802, 1821, 1822, 1823, 1836, 1837 ff., 1857, 1886—1892 u. a.

5) Vielfach war auch üblich, daß die Obrigkeit bei Beendigung der Vormundschaft die Legung einer Schlußrechnung durch den Vormund und eine Erklärung des ehemaligen Mündels über dieselbe, beziehungsweise die Decharginung veranlaßt. Dies hat aber nur die Bedeutung einer Vermittelung. Läßt sich der ehemalige Vormund oder der Mündel auf eine derartige Verhandlung nicht freiwillig ein, so ist die Sache zwischen ihnen im Prozeßwege auszutragen. Uebereinstimmend B.G.B. § 1892.

6) Nach römischem Rechte hafteten nur die Municipalmagistrate, welche etwas bei Bestellung der Vormünder versäumt hatten. Tit. Dig. de magistratibus conveniendis 27. 8. Vgl. oben Bd. 2 § 135 Anm. 6, B.G.B. § 1848, § 841.

liche Verhältnisse des Mündels Verwandte des Mündels — den Familienrath — zuzuziehen.[7] Gemeinrechtliche Uebung ist dies aber nicht.

Die Obervormundschaft darf Beschlüsse, welche die Rechte Dritter berühren, nicht fassen, ohne diesen die Möglichkeit gegeben zu haben, dieselben bei ihr zu vertheidigen. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz des gemeinen Rechts, wonach rechtliches Gehör Niemandem zu versagen ist.

Zweites Kapitel.

Die Begründung und Beendigung der Vormundschaft.

§ 44. Berufungsgründe, Bestellung.

I. Die Berufungsgründe zur Tutel waren in Rom:

1. Testament. In Folge seiner väterlichen Gewalt konnte der Vater seinem unmündigen Kinde für den Fall, daß es durch seinen Tod gewaltfrei wurde, in einem gültigen Testamente oder testamentarisch bestätigten Kodicille einen Tutor ernennen.[1]

Daneben machte sich in Rom die Auffassung geltend, daß der Vater ohne Rücksicht auf die Gewalt, in Ermangelung des Vaters die Mutter, und daß endlich selbst ein Fremder, welcher den Unmündigen zum Erben einsetzt, den zweckmäßigsten Vorschlag bezüglich des Vormundes des Unmündigen macht. Solcher Art letztwillig bezeichnete Vormünder wurden daher von der Obrigkeit bestätigt — tutores confirmati —, und zwar die vom Vater gewollten ohne besondere Untersuchung, die sonst vorgeschlagenen nach Prüfung der Sachlage.[2]

---

7) l. 1 § 1 D. ubi pupillus educari 27, 2. Ueber den dem französischen Rechte entlehnten Familienrath des B.G.B. vgl. §§ 1858 ff. das., vgl. auch § 1847.

1) §§ 3 und 4 I. de tutelis 1, 13, l. 1 D. de testamentaria tutela 26, 2. Das Recht des Vaters erstreckt sich auch auf nachgeborene Kinder. Es bezog sich in Rom auch auf Enkel, welche in der Gewalt des Großvaters standen, falls sie nach dessen Tode nicht in die Gewalt ihres Vaters fielen, vielmehr gewaltfrei wurden. Der Tutor mußte certus, d. h. individuell bestimmt sein, l. 20 D. de testamentaria tutela 26, 2; er mußte ferner in befehlender Weise ernannt sein, l. 1 § 1 D. de confirmando tut. 26, 3. Die Ernennung mußte sich auf das Gesammtvermögen erstrecken, l. 12 ff. D. h. t. 26, 2. Ernennung unter Bedingungen und Zeitbestimmungen war zulässig. Die Ernennung verlor ihre Geltung, wenn das Testament seine Kraft verlor.

2) l. 2 ff. D. de confirmando tutore 26, 3. Obgleich der Prätor den väterlichen Vorschlag ohne Prüfung der Sachgemäßheit konfirmiren sollte, so hatte er doch zu untersuchen, ob der Wille des Vaters bis zum Tode gedauert habe und ob nicht etwa nach der Bestellung Umstände hervorgetreten seien, welche den Vater, wenn er

2. In Ermangelung testamentarischer traten die gesetzlichen Tutoren ein. Es waren dies die nächsten gesetzlichen Erben des Mündels, also ursprünglich vorzugsweise dessen Agnaten,[3] im jüngsten Rechte die nach der Novelle 118 berufenen Intestaterben.[4]

3. In letzter Reihe kam es zur Erwählung eines Tutors durch die Obrigkeit.[5] [6]

II. Die Kuratoren wurden regelrecht durch die Obrigkeit bestellt. Dabei wurde jedoch der Vorschlag der Eltern thunlichst berücksichtigt.[7]

Die Vormundschaft begann, sobald der Berufene die Berufung erfahren hatte.[8]

III. In Folge der Reichspolizeiordnung ist dies umgestaltet.[9]

Die Obrigkeit übertrug in allen Fällen die Vormundschaft. Diese ist stets s. g. Dativtutel. Der letztwillige Vorschlag der Eltern und des Erblassers des Mündels wird beachtet. So auch B.G.B.[10] [11]

Die Vormundschaft beginnt mit der Verpflichtung durch die Obrigkeit.

Dieselbe hat eidlich zu geschehen. Häufig wird der Eid durch Handschlag an Eidesstatt ersetzt.[12]

Der Vormund erhält zu seiner Legitimation eine schriftliche Bestallung, das Tutorium oder Kuratorium.[13]

---

sie gekannt hätte, wahrscheinlich bestimmt hätten, die Ernennung zurückzunehmen, l. 8 ff. D. eod. 26, 3.

3) l. 1 pr. D. de legitimis tutoribus 26, 4.

4) Nov. 118 cap. 5.

5) § 3 I. de Atiliano tutore 1, 20.

6) Der Tutor darf obrigkeitlich nicht unter einer Bedingung ernannt werden, l. 6 § 1 D. de tutelis 26, 1. — Keller, Pandekten § 247 führt diese Verschiedenheit von der testamentarischen Bestellung darauf zurück, „daß der Magistrat bei seiner Ernennung stets für ein gegenwärtiges Bedürfniß zu sorgen und auf Grund vorhandener Thatsachen, deren Ermittelung ihm möglich und aufgegeben ist, zu verfügen hat, wogegen der Testator bei seiner Ernennung stets auf eine mehr oder weniger entfernte Zukunft hin verfügt und daher leicht in den Fall kommen kann, seinen Willen an künftige, jetzt und vielleicht bei seinem Tode noch ungewisse Thatsachen zu knüpfen“.

7) §§ 1 und 3 J. de curatoribus 1, 23. Vgl. auch Audibert, du curateur donné par testament au prodigue, in d. nouv. revue hist. de droit franç. et étranger Bd. 16 S. 5.

8) l. 1 § 1 D. de administratione tut. 26, 7.

9) Oben § 40 Anm. 3.

10) B.G.B. § 1774 bestimmt: Das Vormundschaftsgericht hat die Vormundschaft von Amtswegen anzuordnen. Doch besteht für die im § 1776 aufgezählten Personen ein Anspruch auf Bestellung zum Vormunde.

11) Die Intestaterben des Unmündigen sind verpflichtet, innerhalb eines Jahres die Bestellung eines Vormundes für ihn im Bedürfnißfalle nachzusuchen, und zwar bei Strafe des Verlustes des Erbrechtes, wenn der Unmündige in der Unmündigkeit starb, l. 10 C. de legitimis hered. 6, 58. Diese Strafe ist aber nicht gemeinrechtlich, Kraut a. a. O. Bd. 1 S. 283. B.G.B. kennt die Bestimmung nicht.

12) B.G.B. § 1789.

§ 45. Fähigkeit zur Vormundschaft.

Zu unterscheiden ist absolute und relative Unfähigkeit.

1. Der absolut Unfähige wird nicht Vormund, auch wenn ihm die Vormundschaft obrigkeitlich übertragen sein sollte. Die Handlungen desselben für den Mündel verbinden diesen also nicht. Der Mündel ist unbevormundet. Solchergestalt unfähig sind:[1]

a) Frauen.

Nach justinianischem Rechte sind jedoch die Mutter und Großmutter zur Vormundschaft über Kinder und Enkel fähig, wenn sie sich nicht wieder verheirathen und den weiblichen Rechtswohlthaten entsagen.[2] Nach B.G.B. sind Frauen zur Vormundschaft fähig, können ihre Uebernahme aber ablehnen.

b) Minderjährige, Geisteskranke, interdicirte Verschwender. Dieselben wurden vor Justinian Vormünder und sollten nur zur Führung der Geschäfte nicht zugelassen werden.[3] Dies entsprach der ursprünglichen Anschauung, wonach die Tutel ein Recht des Vormundes bildete und nicht etwa im Interesse des Mündels eingeleitet wurde. Nach justinianischem Rechte sind aber solche Personen absolut unfähig.[4]

c) Geistliche wurden von Justinian als unfähig erklärt, um sie von der Last der Vormundschaft ein für allemal zu befreien.[5] Unfähig waren auch aktive Soldaten.[6] Derzeit sind Militärpersonen unter Genehmigung ihrer Vorgesetzten fähig. Sie können die Vormundschaft aber ablehnen.[7]

2. Relativ unfähig sind Vormünder, welchen die Vormundschaft nicht decernirt werden soll, und die von derselben durch die Obrigkeit zu entfernen sind, wenn sie gleichwohl bestellt sein sollten.[8]

---

13) B.G.B. § 1791.

1) Nach B.G.B. § 1780 kann zum Vormunde nicht bestellt werden, wer geschäftsunfähig oder wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist.

2) Gaj. Inst. 1 § 195, l. 16, l. 18 D. de tutelis 26, 1, l. 26 D. de testamentaria tutela 26, 2, Tit. Cod. 5, 35, nov. 94 cap. 1, nov. 118 cap. 5.

3) Sogar der impubes war „legitimus tutor". Ulp. fragm. tit. XI. § 20. Ebenso der Geisteskranke, l. 17 D. de tutelis 26, 1. A. A. indessen Karlowa, röm. Rsgesch. Bd. 2 S. 274.

4) l. 5 C. de legitima tutela 5. 30. § 13 J. de excusationibus 1, 25.

5) Nach der nov. 123 cap. 4 sind Bischöfe und Mönche schlechthin zur Vormundschaft unfähig, andere Geistliche können mit ihrem Willen die gesetzliche Vormundschaft über Verwandte führen. Die Geistlichen als Vertrauensmänner ihrer Beichtkinder wurden sehr häufig letztwillig ernannt, so daß sie durch Vormundschaften erdrückt wurden, weshalb man dagegen zu den energischsten Mitteln griff.

6) l. 4 C. qui dare tutores 5, 34.

7) Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41.

Es gehören hierher durch Verbot der Eltern des Mündels Ausgeschlossene,[9] Gläubiger und Schuldner des Mündels,[10] endlich der Ehemann bezüglich seiner Ehefrau.[11] Hierher ist auch der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu stellen.[12] [13]

§ 46. Ablehnung der Vormundschaft.[1]

I. Die Uebernahme der Vormundschaft ist Bürgerpflicht. Man kann daher zu derselben von der Obrigkeit durch Exekutivstrafen genöthigt werden.[2] Die Mutter aber und Großmutter sind zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet, Vormünder zu werden.[3]

Zahlreiche Gründe geben das Recht der Ablehnung der Vormundschaft:[4]

a) drei Vormundschaften im Hause,[5]
b) fünf leibliche Kinder,[6]
c) Armuth, Krankheit, Schreibensunkunde,[7] Alter über 70 Jahre.[8]
d) Bekleidung öffentlicher Aemter, Abwesenheit in Staatsgeschäften.[9] [10]

---

8) l. 21 § 2 D. de tut. dat. 26, 5, l. un. C. si contra matris voluntatem 5, 47.

9) l. 3 § 12 D. de suspectis tut. 26, 10.

10) Vgl. Brinz Bd. 3 S. 845.

11) l. 2 C. qui dare tutores 5, 34.

12) Reichsstrafgesetzbuch § 34 Ziff. 6. Zur Bekleidung der Vormundschaft über seine Descendenten ist der Ehrlose fähig.

13) Nach B.G.B. sollen die in den §§ 1781—1784 genannten Personen nicht zu Vormündern bestellt werden.

1) Tit. I. de excusationibus 1, 25, Dig. 27, 1, Keller, Instit. S. 232.

2) pr. I. h. t. 1, 25 ... et tutelam et curam placuit publicum munus esse. Ueber die Entwickelung dieses Satzes vgl. Pernice in der Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abth. Bd. 5 S. 25. Uebereinstimmend B.G.B. §§ 1785, 1788.

3) l. 2 § 1 C. quando mulier 5, 35, nov. 118 cap. 5, nov. 94 cap. 1. Vgl. auch B.G.B. § 1786 Ziff. 1.

4) Die Ablehnungsgründe nach B.G.B. sind im § 1786 aufgezählt.

5) § 5 I. h. t. 1, 25, l. 6 pr. D. h. t. 27, 1.

6) Nach römischem Rechte exkusirten 3 Kinder in Rom, 4 in Italien, 5 in den Provinzen. Nur lebende werden mitgezählt. Im Kriege umgekommene gelten wie lebende. Es kommt nicht darauf an, ob die Kinder in der Gewalt stehen oder nicht, insbesondere, ob sie emancipirt, adoptirt sind, pr. I. h. t. 1, 25.

7) § 6 I. h. t. 1, 25, §§ 7 und 8 I. eod.

8) § 13 I. h. t. 1, 25.

9) Vgl. über das Exkusationsrecht der römischen Beamten, ferner der Professoren und Aerzte, sowie der Zunftgenossen: Rudorff a. a. O. Bd. 2 S. 96; Keller, Institutionen S. 234.

10) Noch andere Exkusationsgründe bestanden, z. B., wenn die Ernennung durch den Vater aus Feindschaft erfolgte, §§ 9 ff. I. h. t. 1, 25. — Im älteren Rechte spielte die potioris nominatio eine große Rolle, d. h. das Recht des zum Vormund Bestimmten, einen dem Mündel durch Verwandtschaft Näherstehenden als Vormund

II. Diese Exkusationsgründe mußten in Rom innerhalb fester Fristen nach Kenntniß der Berufung bei der Obrigkeit angebracht werden.

Diese Frist betrug mindestens 50 Tage, bei größeren Entfernungen verlängerte sie sich nach Verhältniß.[11]

Gemeinrechtlich war die Exkusation vor der Verpflichtung des Vormundes durch das Gericht nachzusuchen.[12]

§ 47. Beendigung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft endigt bald so, daß sie überhaupt beseitigt wird, bald so, daß nur die Funktion des bisherigen Vormundes aufhört und ein neuer Vormund einzutreten hat.

1. Die Bevormundung endet schlechthin, wenn ihr Grund wegfällt.[1]

Insbesondere erlischt die Altersvormundschaft durch Großjährigkeit oder Großjährigkeitserklärung des Mündels, sowie durch seinen Eintritt in eine väterliche Gewalt. Jede Vormundschaft hört auf mit dem Tode des Mündels oder dessen Todeserklärung vgl. B.G.B. § 1885 Abs. 2.

2. Die Funktion des Vormundes endet, ohne daß damit die Bevormundung überhaupt ihr Ende erreicht:

a) durch dessen Tod, sowie dadurch, daß er absolut unfähig wird,[2] insbesondere auch dadurch, daß die Mutter oder Großmutter, welche Vormünderinnen sind, zur neuen Ehe schreiten.[3]

b) Im alten Rechte konnte der testamentarische Tutor die Vormundschaft beliebig niederlegen.[4]

Hiervon ist im späteren Rechte nicht die Rede. Nur eine Entlassung aus Gründen kann er von der Obrigkeit beanspruchen.[5]

c) Die **Entsetzung** des Vormundes durch das Gericht war in der altrömischen Zeit nur wegen Dolus auf Grund einer accusatio suspecti zuläßig.

---

statt seiner zu bezeichnen, vgl. Rudorff Bd. 2 S. 159; Keller, Instit. S. 238. Dem justinianischen Rechte ist ein bezügliches Verfahren fremd.

11) § 16 I. h. t. 1, 25, l. 14 D. h. t. 27, 1.

12) Uebereinstimmend B.G.B. § 1786, letzter Abs.

1) B.G.B. § 1882. Auch nach Endigung der Vormundschaft haben die bisherigen Vormünder die laufenden Geschäfte bis dahin zu besorgen, daß sie das Mündelvermögen herausgeben oder den Mündel in Annahmeverzug setzen. Vgl. l. 33 § 1 D. de administratione tut. 26. 7, B.G.B. § 1893 in Verbindung mit §§ 1682, 1683. Ueber die Endigung der Pflegschaft vgl. 1918 ff.

2) Vgl. B.G.B. § 1885 Abs. 1: Das Amt des Vormundes endigt mit seiner Entmündigung.

3) Vgl. auch B.G.B. § 1887.

4) Von solcher abdicatio spricht noch Ulpianus, fragm. XI § 17.

5) Vgl. l. 12 D. de excusationibus 27, 1, B.G.B. § 1889.

Im späteren römischen Rechte ist die Absetzbarkeit des Vormundes sehr erweitert, von einem selbständigen Rechte auf diese Funktionen daher nicht mehr die Rede. Die Entsetzung kann wegen jeder Pflichtwidrigkeit geschehen, ja ohne solche, wenn der Vormund untüchtig oder ungeeignet erscheint.[6]

Drittes Kapitel.

Rechtswirkungen der Vormundschaft.

§ 48. Sorge für die Person des Mündels.[1]

Nach den Reichspolizeiordnungen lautet der Eid der Vormünder: „daß sie ihren Pflegekindern und ihren Gütern getreulich vorsein, ihre Personen und Güter versehen und verwahren".

Der Vormund hat also nach gemeinem Rechte über die Person des Mündels nicht weniger wie über dessen Vermögen zu wachen, während sich seine Thätigkeit nach römischem Rechte im Wesentlichen auf das Mündelvermögen beschränkte.[2]

Die Erziehung des Mündels muß der Vormund zwar nicht selbst vornehmen, die Mutter hat vor ihm das Recht auf dieselbe.[3] Aber er hat für die Erziehung zu sorgen, sie zu überwachen, die Mittel für sie aus dem Mündelvermögen auszuwerfen,[4] nach Umständen Lehrverträge für den Mündel abzuschließen.

---

6) l. 3 D. de suspectis 26, 10. Grundsätzlich geschah die Entsetzung in Rom auf Grund einer besonderen accusatio suspecti, welche quasi publica war, also von jedem erhoben werden konnte, der am Mündel Interesse hatte und ein zweiseitiges Verfahren einleitete. Doch kam sie, wenn die Gründe offenbar waren, auch ohne solche Anklage vor. Derzeit verfährt das Gericht von Amtswegen untersuchend, auf Grund von Anzeigen Dritter oder auch ohne solche. Daß bloße Ungeeignetheit zur Absetzung genügt, darüber vgl. l. 3 §§ 12 und 18 D. eod. 26, 10. Absetzung wegen dolus machte in Rom infam; Entfernung aus anderen Gründen hatte diese Folge nicht. — B.G.B. § 1886 besagt: Das Vormundschaftsgericht hat den Vormund zu entlassen, wenn die Fortführung des Amtes, insbesondere wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Vormundes, das Interesse des Mündels gefährden würde oder wenn in der Person des Vormundes einer der im § 1781 bestimmten Gründe vorliegt.

1) Gesterding, Sorge für die Person und Erziehung des Mündels in seiner „Ausbeute" VI, 2. B.G.B. § 1800 bestimmt: Das Recht und die Pflicht des Vormundes, für die Person des Mündels zu sorgen, bestimmt sich nach den für die elterliche Gewalt geltenden Vorschriften des §§ 1631—1633. Ueber die Mitwirkung des Gemeindewaisenrathes vgl. § 1850.

2) Wie das gemeine Recht auch B.G.B. § 1793.

3) l. 1 C. ubi pupilli educentur 5, 49.

4) l. 2, l. 3 D. ubi pupillus educari 27, 2.

Der Vormund hat ferner die Familienstellung des Mündels zu wahren, Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft sowie auf Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe seines Mündels anzustellen. Eine Ehescheidungsklage kann er aber nicht an dessen Stelle erheben.[5]

§ 49. Die Vermögensverwaltung.

Der Vormund hat das Vermögen des Mündels zu verwalten; er soll es erhalten und nach Möglichkeit vermehren, jedoch ohne das Risiko von Spekulationen.[1]

Die römische Weise, wonach der Mündel persönlich bei Rechtsgeschäften und Prozessen handelte und der Tutor nur die auctoritas einlegte, ist nicht gemeinrechtlich.[2] Vielmehr schließt der Vormund im Namen des Mündels die Geschäfte und führt dessen Prozesse für ihn.

Liberalitäten aus dem Mündelvermögen sind dem Vormunde nicht gestattet,[3] es handle sich denn um Gaben, welche Anstand und Sitte fordern.[4]

Geschäfte, bei denen der Vormund direkt betheiligt ist, kann er nicht für den Mündel schließen oder genehmigen.[5]

Mündelgelder sollte der Vormund vorzugsweise in Grundstücken anlegen,[6] die als die beste Kapitalanlage galten, weil sie sich dem Mündel auch bei Kriegen und Krisen erhielten. In zweiter Linie sollten sie sicher zinsbar belegt werden.[7] Nach den heutigen wirthschaftlichen Verhältnissen ist die Erwerbung von Grundstücken keineswegs eine besonders gute Anlage. Der Vormund ist daher in der Regel auf zinsbare Forde-

---

5) R.G. Bd. 6 S. 157, Bd. 9 S. 219. Fälle, in denen nach B.G.B. der Vormund den Mündel nicht vertreten kann, siehe § 1795.

1) l. 47 § 6 D. de administratione tut. 26, 7.

2) Tit. Dig. de auctoritate et consensu 26, 8.

3) l. 22, l. 46 § 7 D. de administratione tut. 26, 7, B.G.B. § 1804 Satz 1.

4) l. 12 § 3 D. eod. 26, 7, B.G.B. § 1804 Satz 2.

5) Es galt der Satz: „tutor in rem suam auctor fieri non potest", l. 1 pr. D. de auctoritate tutorum 26, 8. Vgl. B.G.B. § 181.

6) l. 5 pr., l. 7 § 3 D. de administratione tut. 26, 7, l. 24 C. h. t. 5, 37, Petražycki, Einkommen Bd. 2 S. 187, Pernice, Parerga VIII, Savigny-Zeitschr. rom. Abthlg. Bd. 19 S. 123.

7) Wenn der Vormund die bei Antritt der Vormundschaft vorgefundenen Mündelgelder nicht binnen 6 Monaten, und wenn er die nachher eingehenden nicht binnen 2 Monaten anlegte, so hatte er persönlich von denselben Zinsen zu entrichten. Man bezeichnete diese Frist als laxamentum temporis, l. 7 § 11, l. 15 D. de administratione tut. 26, 7. Jedoch konnte sich der Vormund durch den Nachweis befreien, daß ihm in der genannten Frist eine pupillarische Anlage nicht möglich war, l. 3 C. de usuris pupillaribus 5, 56.

rungen verwiesen. Partikularrechte haben diese, die s. g. pupillarische Sicherheit meist näher bestimmt.[8]

Der Vormund haftete bei seiner Verwaltung für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anwendet.[9]

Verwendete er Mündelgelder zum eigenen Nutzen, so hat er die höchsten Zinsen zu entrichten,[10] ursprünglich also 12 %, nach Justinians Neuerungen 6 %.

§ 50. Veräußerungsverbot.

I. Je freier der Vormund steht, desto wirksamer und nützlicher kann seine Verwaltung für den Mündel bei gutem Willen und Intelligenz sein, desto näher liegt aber auch die Gefahr, daß das Vermögen des Mündels bei Unvorsichtigkeit, Ungeschicklichkeit, Untreue des Vormundes zu Grunde geht.

Das frühere römische Recht ließ dem Vormunde in der Veräußerung des Mündelvermögens ganz freie Hand. Das spätere verfiel in das entgegengesetzte Extrem.

Zuerst verbot die Oratio Severi die Veräußerung landwirthschaftlicher Grundstücke der Unmündigen, wenn sie nicht von dessen Erblasser letztwillig verstattet war, außer wegen Schulden nach vorgängigem prätorischen Dekrete.[1]

Wie sehr dies den herrschenden Zeitansichten entsprach, zeigt die Aus-

8) Hecht, die Mündel- und Stiftungsgelder in den deutschen Staaten 1875. B.G.B. §§ 1806—1811, Preuß. Ausf.Ges. z. B.G.B. Art. 73—76.

9) l. 1 pr. D. de tutelae actione 27, 3. Andere Aeußerungen der Quellen stimmen freilich nicht überein, vgl. Hasse, culpa S. 253, Petražycki, Einkommen Bd. 2 S. 347 ff. Nach B.G.B. § 1833 haftet der Vormund für jedes Verschulden.

10) l. 7 § 10 D. de administratione tut. 26, 7. B.G.B. § 1834 besagt: Verwendet der Vormund Geld des Mündels für sich, so hat er es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

1) Ueber die Oratio Severi — aus dem Jahre 195 nach Chr. Geb. — vgl. Tit. Dig. de rebus eorum 27, 9; Bachofen, ausgewählte Lehren S. 119. Nach l. 1 § 2 D. h. t. lautete die betreffende Stelle der die Vormundschaft auch sonst regelnden Oratio: „Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus, vir clarissimus, adeatur qui pro sua religione aestimet quae potius praedia alienari obligarive debeant manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori, si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exsequetur, nihil novandum censeo.“ Daß statt des korrupten „possunt“ der Florentina „potius“ zu lesen ist, ergiebt l. 5 § 10 D. h. t. 27, 9. — Nur die landwirthschaftlichen Grundstücke galten in Rom als sicherste Kapitalanlage, Häuser dagegen wegen der Feuersgefahr bei dem Mangel eines Feuerversicherungswesens als ein sehr unsicherer Besitz. Bachofen a. a. O. S. 126.

dehnung des Verbotes durch Interpretation, indem man es insbesondere auf alle Minderjährigen erstreckte,[2] wie auch auf jede Bestellung dinglicher Rechte an Immobilien des Mündels bezog.[3]

Die Veräußerung gegen Verbot ist nichtig.[4] Sie konvalescirt aber durch Genehmigung seitens des Mündels nach erreichter Großjährigkeit,[5] ferner durch Unterlassung gerichtlicher Schritte binnen 5 Jahren nach der Großjährigkeit, und binnen 10, unter Abwesenden 20 Jahren, wenn die Veräußerung unentgeltlich war.[6]

Auf dem eingeschlagenen Wege schritt man in der christlichen Kaiserzeit fort. Dem Vormunde wurde die Veräußerung aller zur Substanz des Vermögens gehörigen konservirbaren, nicht ganz geringfügigen Sachen,[7] ferner die Einziehung von Forderungen des Mündels ohne gerichtliches Dekret untersagt.[8]

II. Dagegen hat die gemeinrechtliche Praxis die Befugnisse der Vormünder wieder erweitert. Veräußerung wegen Nutzens wurde unter obrigkeitlicher Genehmigung verstattet,[9] ferner Einholung der Genehmigung überwiegend bloß bei Immobilien gefordert.[10]

III. Die Fälle, in welchen nach B.G.B. der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, sind zahlreich, sie sind namentlich in den §§ 1821—1825 enthalten.

§ 51. Kontrolmaßregeln.

Zur Sicherung gehöriger Vermögensverwaltung dienen folgende Maßregeln:

1. Der Vormund wird bei Beginn der Vormundschaft eidlich verpflichtet. Nach B.G.B. § 1789 erfolgt die Verpflichtung mittels Handschlag an Eidesstatt.

---

2) l. 10, l. 11 D. h. t. 27, 9.

3) l. 3 § 5 D. h. t. 27, 9.

4) Der Mündel behält hiernach die Vindikation. Inwieweit der Beklagte die Herausgabe des von ihm gezahlten noch beim Mündel vorhandenen Kaufpreises verlangen kann, darüber vgl. l. 16 C. de praediis 5, 71.

5) l. 3 pr. C. si major factus 5, 74.

6) l. 3 § 1 C. si major factus 5, 74.

7) l. 22 C. de administratione tutorum 5, 37. Constantinus a. 326, insbesondere § 6: Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti, exceptis his dumtaxat vestibus, quae detritae usu aut corruptae servando servari non potuerint; § 7: Animalia quoque supervacua minorum quin veneant non vetamus.

8) l. 25, l. 27 C. eod. 5, 37.

9) Kraut a. a. O. S. 145.

2. Er soll Kaution stellen.[1 2] Diese Vorschrift läßt jedoch eine allgemeine Durchführung nicht zu.

3. Der Vormund hat bei Beginn der Vormundschaft ein genaues Vermögensverzeichniß — Inventar — aufzunehmen. Hierüber wacht das Vormundschaftsgericht, dem das Inventar einzureichen ist.[3 4]

4. Der Vormund hat dem Vormundschaftsgericht periodisch Rechnung mit Belegen zu stellen.[5]

5. Die Obrigkeit kann öffentliche Deposition von Geldern,[6] derzeit auch von Inhaberpapieren fordern.[7]

§ 52. Die Vormundschaftsklagen.[1]

I. In Rom finden sich zwei Arten der Vormundschaftsklagen. Die eine, die actio rationibus distrahendis, ist Deliktsklage. Sie geht gegen den treulosen Vormund, welcher Mündelgut unterschlug, auf das Doppelte des Unterschlagenen.[2]

Die andere, die actio tutelae, ist bonae fidei judicium.[3] Sie

1) In Rom wurde Bestellung von Bürgen — satisdatio — vorzugsweise von den tutores legitimi gefordert, l. 5 § 1 D. de legitimis tut. 26, 4. Sie, die aus eigenem Rechte und ursprünglich in eigenem Interesse die Tutel führten, genossen am wenigsten Vertrauen und wurden in der späteren Zeit am energischsten in Anspruch genommen; ferner hatten die Satisdation die von niederen Magistraten gegebenen Vormünder zu leisten. Die testamentarischen, desgleichen die von den höheren Magistraten gegebenen Vormünder waren in der Regel kautionsfrei. Gajus, Inst. I § 200. Die Kaution konnte durch prätorische Zwangsmittel, insbesondere durch Pfändung erzwungen werden, § 3 I. de satisdatione tut. 1, 24. Vgl. das Nähere bei Keller, Institutionen S. 241, Lenel edictum S. 251 und 422.

2) Die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 § 3 fordert allgemein von den Vormündern „rechtmäßige genügsame Kaution und Versicherung". Nach B.G.B. § 1844 kann das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen den Vormund anhalten, für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen Sicherheit zu leisten.

3) l. 7 pr. D. de administratione tut. 26, 7. Das Inventar sollte unter Zuziehung öffentlicher Personen errichtet werden, l. 24 C. eod. 5, 37. Dasselbe liefert Beweis gegen den Vormund l. 13 § 1 C. arbitrium tut. 5, 51, aber der Gegenbeweis des Irrthums ist nicht zu versagen. — B.G.B. § 1802.

4) Erlaß der Errichtung eines öffentlichen Inventars durch den Erblasser des Mündels war zulässig, l. 13 § 2 C. arbitrium tut. 5, 51.

5) Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 § 2. Die Pflicht periodischer Rechnungslegung stammt aus dem deutschen Rechte. Es war deutsches Herkommen, daß der Vormund den Verwandten jährlich Rechnung legte. Ueber die Rechnungslegung nach B.G.B. vgl. §§ 1840—1843.

6) l. 4 C. de administratione tut. 5, 37. B.G.B. §§ 1814 ff.

7) Ueber befreite Vormundschaft vgl. B.G.B. § 1852 ff.

1) Tit. Dig. de tutelae et rationibus distrahendis 27, 3. Cod. arbitrium tutelae 5, 51.

2) l. 2 D. h. t. 27, 3, l. 55 § 1 D. de administratione tut. 26, 7. Paulus sententiae II. 30 § 1. Ueber den Namen siehe Rudorff a. a. O. Bd. 3 S. 2. Vgl. auch Lenel, edictum S. 256.

3) Nur für die Tutel wurde eine besondere Klage aufgestellt. Bezüglich des

zieht den Tutor wegen der Führung der Vormundschaftsgeschäfte zur Verantwortung, ähnlich wie einen Mandatar.[4]

Die actio rationibus distrahendis entspricht der älteren Epoche des Vormundschaftsrechtes, welche eine Pflicht des Vormundes zu sorgfältiger Verwaltung des Mündelgutes noch nicht kannte. Die actio tutelae, ohne Zweifel weit jünger, stellt uns das Vormundschaftsrecht in seiner entwickelten Gestalt vor Augen.

II. In das gemeine Recht ist nur die actio tutelae übergegangen. Vgl. hierzu B.G.B. § 1890.

1. Die actio tutelae directa ist die Klage des Mündels gegen den Vormund.

a) Sie erwächst mit Beendigung der Vormundschaft.[5]

Wegen einzelner Punkte kann jedoch auch vorher Klage erhoben werden,[6] und zwar durch einen von der Vormundschaftsbehörde zu diesem Zwecke angestellten Kurator.

b) In ihrer normalen Gestalt erstreckt sie sich auf die ganze vormundschaftliche Verwaltung.

Der Vormund hat Rechnung zu legen[7] und das Mündelvermögen herauszugeben, wobei er seine im Interesse des Mündels gemachten Auslagen in Abzug bringen darf.[8]

Der Vormund muß ersetzen, was durch seine zurechenbare Schuld — in der Regel durch culpa in concreto — verloren ging. Anders B.G.B. § 1833.

Die Erben des Vormundes können aber, wenn der Prozeß nicht bereits gegen ihren Erblasser eingeleitet war, nur wegen dolus oder culpa lata desselben in Anspruch genommen werden.[9] Dies um deswillen, weil sie oft nicht in der Lage sein werden, die Motive ihres Erblassers vollständig aufzuklären und so dessen Thun oder Unterlassen zu rechtfertigen. Dem B.G.B. ist dies fremd.

Kurators half man sich mit einer actio negotiorum gestorum. Vgl. Lenel, edictum S. 255, vgl. oben Bd. 2 § 121.

4) Die actio tutelae ging an sich nur gegen den Tutor, welcher die Tutel wirklich gerirt hatte. Erst in der Kaiserzeit wurde eine actio utilis gegen den Vormund gegeben, welcher, obgleich er die Delation kannte, die Führung der Geschäfte schuldhafterweise unterlassen hatte — periculo suo cessavit, l. 4 § 3 D. rem pupilli 46, 6.

5) l. 4 D. h. t. 27, 3.

6) l. 9 § 7 D. h. t. 27, 3.

7) l. 1 § 3 D. h. t. 27, 3.

8) l. 1 § 4 D. de contraria 27, 4.

9) l. 1 C. de heredibus tutorum, 5, 54.

c) Das spätere römische Recht gab dem Mündel eine Generalhypothek gegen den Vormund. Hiervon ist im gemeinen Rechte wenig übrig.

Dagegen hat die Konkursordnung das Vorrecht des Mündels im Konkurse des Vormundes, welches bereits das römische Recht geschaffen hatte, erhalten.[10]

2. Die actio tutelae contraria[11] des Vormundes gegen den Mündel geht:

a) auf Ersatz der angemessenerweise für den Mündel gemachten Auslagen und zwar mit Zinsen, wie auch auf Abnahme von Verbindlichkeiten, welche der Vormund persönlich auf Rechnung des Mündels übernommen hat,[12]

b) auf das Honorar, welches dem Vormunde vom Erblasser des Mündels oder aus besonderen Gründen von der Obrigkeit bewilligt wurde.[13]

§ 53. Vom Protutor.

In Rom konnte leicht zweifelhaft sein, ob man Tutor sei oder nicht, und oft verwaltete man daher eine Vormundschaft, ohne Tutor zu sein — als Protutor. Denn ob ein Testament gültig sei, in welchem ein Tutor ernannt war, mochte bestritten sein, nicht minder, wer der nächste gesetzliche Erbe, also der gesetzliche Vormund sei. Seit nach der Reichspolizeiordnung nur derjenige Vormund ist, welchen die Obrigkeit dazu bestellt, kommen Irrungen über die Frage, wer Vormund ist, kaum je vor.

Zwischen dem Mündel und dem Protutor treten gegenseitige Verbindlichkeiten ein, die analog den zwischen dem Mündel und seinem Vormund bestehenden behandelt werden.[1]

Dritte, welche mit dem vermeinten Tutor — dem falsus tutor — in rechtliche Verhandlungen treten, können dadurch benachtheiligt werden, daß diesem in Wahrheit die Befugniß fehlt, den Mündel zu verbinden.

---

10) l. 22 D. h. t. 27, 3, l. 44 § 1 D. de administratione tut. 26, 7 — K.O. § 61 Ziff. 5.

11) Tit. Dig. de contraria a. 27, 4.

12) Der Vormund kann übliche Vergütung fordern, wenn er dem Mündel besondere Dienste geleistet hat, welche in seinen Beruf einschlagen. Uebereinstimmend B.G.B. § 1835.

13) Vgl. B.G.B. § 1836.

1) Es war eine eigene actio wegen des Falles vom Prätor proponirt, deren demonstratio lautete: Quod Ns Ns pro tutore Ai Ai negotia gessit; die intentio war ficticisch, da die Folgen eintreten sollten, wie wenn der gerirende Tutor gewesen wäre. Tit. de eo qui pro tutore 27, 5; Lenel, edictum S. 257. Ueber die a. contraria protutelae vgl. Brinz Bd. 3 S. 863 Anm. 2.

Sie erhielten deshalb in Rom Entschädigungsansprüche, wenn der vermeinte Tutor in Dolus war.[2] Nach gemeinem Rechte sind ihnen solche Ansprüche auch wegen bloßer Verschuldung des vermeinten Vormundes zuzugestehen.[3] [4]

B.G.B. hat über den Protutor keine besonderen Bestimmungen.

---

2) Der Prätor hatte in dieser Richtung zwei Edikte aufgestellt. Das eine versprach restitutio in integrum, wenn der Gläubiger des Pupillen mit demselben unter Autorität eines vermeinten tutor die Litiskontestation vollzogen hatte, wodurch er seine actio gegen den Pupillen konsumirte, ohne in dem erhobenen Prozeß siegen zu können, l. 1 §§ 1, 2 und 6 D. quod falso tutore 27, 6, Lenel, edictum S. 99. Das andere Edikt lautete: In eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, judicium dabo, ut, quanti ea res erit tantam pecuniam condemnetur. l. 7 pr. D. eod. 27, 6, Lenel S. 99. Diese Dolusklage war zwar zunächst gleichfalls für den Fall bestimmt, daß gegen den Pupillen falso tutore auctore Prozesse geführt waren, sie wurde aber auch benutzt, wenn Kontrakte mit dem Mündel unter der falschen Auktorität eingegangen waren, l. 11 pr. D. eod. 27, 6. Sie wurde übrigens offenbar zu einer Zeit aufgestellt, in welcher die generelle Klage wegen Dolus noch nicht proponirt war. Vgl. oben Bd. 2 § 136.

3) Vgl. oben Bd. 2 § 10.

Fünftes Buch.

Das Erbrecht. [1]

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Lehren.

I. Das Wesen des Erbrechtes.

§ 54. Würdigung des Erbrechtes.

Den Schlußstein des Privatrechtes bildet das Erbrecht, d. h. die Nachfolge der Lebenden in die Rechte eines Verstorbenen.

Viele bezeichnen als das ausschließliche Gebiet des Erbrechtes das Vermögen des Erblassers.[2] Doch seine Sphäre ist eine weitere. Auch im öffentlichen Rechte ist es von größter Bedeutung. Vornehmlich ist die Regierungsgewalt in den deutschen monarchischen Staaten und demgemäß das deutsche Kaiserthum erblich.

Im Privatrechte ist zwar der Uebergang des Vermögens des Verstorbenen die Hauptsache, keineswegs aber der ausschließliche Gegenstand des Erbrechtes.

---

1) Die besonderen Bearbeitungen des Erbrechtes sind zum Theil veraltet, zum Theil bloße Bruchstücke. Vollendet ist Köppen, Lehrbuch des Erbrechts 1886 ff., unvollendet dagegen Köppen, System des Erbrechtes 1. und 2. Lieferung 1862 und 1864, Schirmer, Handbuch des Erbrechtes I. Theil 1863. Die beste Bearbeitung der erbrechtlichen Streitfragen ist von Vangerow, Pand. Bd. 2. Erbrechtliche Abhandlungen enthält auch der II. Band der civilistischen Schriften von Arndts. Ein massenhaftes Material findet sich bei Glück von Bd. 33 an. Es gehört ferner hierher Gans, das Erbrecht in welthistorischer Entwickelung, 4 Bde. 1824 ff., wovon der II. Band das römische Erbrecht betrifft. Auch kommt in Betracht F. Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht 1876, ferner Unger, das österreichische Erbrecht, Bd. 6 seines österreich. Privatrechtes, Bernhöft, zur Reform des Erbrechts 1894. Reiches Material enthält auch Gruchot, Preuß. Erbrecht in Glossen zum allg. Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, 3 Bde. 1865 ff. Vgl. auch Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B.G.B. 2. A. 1900.

2) Unger a. a. O. § 1 Anm. 3.

Das Erbrecht ist eine durch die Geschichte bewährte Institution, welche nicht minder den berechtigten Ansprüchen der Individuen, wie dem Bedürfnisse der bürgerlichen Gesellschaft entspricht.[3]

Denn die Persönlichkeit des Einzelnen wird gesteigert durch sein Recht der letztwilligen Verfügung. Erst durch seine Vererblichkeit erhält ferner das Eigenthum seinen vollen Werth. In Folge derselben dient es nicht bloß flüchtigem Genuß und eiligem Verthun, wird vielmehr zur dauernden Grundlage des Wohlseins der Familien, welche zu erwerben und zu erhalten verstehen.

Die hierdurch geförderte Vermehrung des Kapitals kommt der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt zu gute. In der Stetigkeit der Besitzverhältnisse, welche das Erbrecht schafft, findet der Staat selbst die festen Strebepfeiler, auf welche er seine Unvergänglichkeit gründet.

Die Römer würdigten das Erbrecht vorzugsweise als ein Gut, welches die Persönlichkeit des Erblassers potenzirt. In Rom dominirte daher das Testament.[4] Der deutschen Auffassung ist mehr die sociale Bedeutung des Erbrechtes von Gewicht. Hier tritt die Erbberechtigung der Familie in den Vordergrund.[5]

§ 55. Der Erbe und der Vermächtnißnehmer.

I. Der Tod vernichtet das Subjekt, an welches sich Rechte und Verbindlichkeiten knüpften. Dem Vermögen ist sein Mittelpunkt genommen.

Die so gerissene Lücke ist auszufüllen. Dabei machen sich Interessen des Nachfolgers geltend, nicht minder aber gebieterische Anforderungen des Verkehrs und des Kredites. Denn eine regelmäßige Kreditgewährung ist nur möglich, wenn für die Berichtigung der Schulden und Verbindlichkeiten auch im Falle des Absterbens der Schuldner gesorgt ist.

Die Lösung des Problems geschieht durch die *Universalsuccession des Erben.*[1]

---

3) Die ältere naturrechtliche Schule betrachtete den Untergang der Rechte mit dem Tode des Eigenthümers als das „natürliche", das Erbrecht daher als eine rein „positive" staatliche Einrichtung. Vgl. hiergegen Unger a. a. O. § 1 Anm. 1.

4) Quintiliani declamatio CCCVIII: Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem.

5) Die Neueren legen — einseitig — alles Gewicht auf die objektive und sociale Rechtfertigung des Erbrechtes; siehe Unger a. a. O. und dort Citirte. Vgl. auch Scheel, Art. Erbrecht in Handb. der Staatswissensch. Bd. 3.

1) l. 62 D. de R. J. 50, 17. Julianus libro 6 Digestorum: Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit. Verwandte Stellen siehe bei Arndts § 464 Anm. 2. Vgl. auch B.G.B. § 1922 Abs. 1: Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als *Ganzes* auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

Der Erbe setzt die Persönlichkeit des Erblassers fort, er repräsentirt den Erblasser.[2]

Diese Formulirungen, früher allgemein angenommen, haben in neuerer Zeit Beanstandungen gefunden.[3] Unnöthig sei es, den Schatten des Verstorbenen hineinzubeschwören! Doch das ist nicht gemeint. Es handelt sich um reale Dinge. Die Person des Verstorbenen wirft eben noch ihren Schatten. Der Erbe repräsentirt den Erblasser, d. h. er hat dessen Angelegenheiten so abzuwickeln, wie dieser es hätte thun müssen. Er setzt dessen Person fort, d. h. Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers sind auch die seinen, und ihm liegt es ob, die Anordnungen des Erblassers zu verwirklichen.

Der Erbe erwirbt also das Gesammtvermögen des Erblassers als Einheit.

1. Insbesondere fallen ihm alle Vermögenstheile desselben, soweit sie vererblich sind, unmittelbar mit dem Erbschaftserwerbe zu. Die Regeln, welche über den Erwerb von Objekten als einzelner gelten, sind daher für die Nachfolge des Erben nicht bestimmt. Dies gilt namentlich von den Formen des Erwerbes.[4] Es gehen ferner solche Objekte, von deren Erwerb als einzelner der Erbe wegen eines Mangels in seiner Erwerbsfähigkeit ausgeschlossen wäre, auf ihn als Theile der Gesammtheit über.[5] Durch die Universalsuccession wird er endlich Eigenthümer der Nachlaßsachen, von deren Existenz er nichts weiß oder die er nicht haben will.

2. Andererseits wird der Erbe mit dem Erbschaftserwerb Schuldner der Schulden des Erblassers und hat für die Rechtshandlungen des Erblassers vermögensrechtlich aufzukommen, wie für die eigenen. Dies ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlaß zahlungsunfähig ist oder nicht.[6] Und zwar haftet er auch mit dem eigenen Vermögen. Erst Justinian hat dem

2) Die Römer sprechen vorzugsweise von einem „succedere in locum defuncti“. Gajus, Inst. IV § 34. Häufig wird die Aeußerung der nov. 48 praef. citirt: „nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius qui hereditatem in eum transmittit“.

3) Brinz, Pand. 1. Aufl. Bd. 1 § 156, Windscheid Bd. 3 § 605 Anm. 6 und 7, vgl. auch Brinz Bd. 3 S. 3 der zweiten Auflage, Hölder in d. Ztschr. d. Savigny-Stiftg., rom. A. Bd. 16 S. 221, Bernhöft a. a. O. S. 32 ff.

4) So von der Uebereignung von Grundstücken, vgl. B.G.B. § 873.

5) l. 62 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 2 manualium: Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem et res, cujus aliquis commercium non habet: nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur. Vgl. l. 9 pr. § 1 D. de re militari 49, 16.

6) l. 119 D. de V. S. 50, 16. Pomponius libro 3 ad Quintum Mucium: Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est sicuti bonorum possessio.

Erben in der rechtzeitigen Errichtung eines Inventars über den Bestand des Nachlasses das Mittel gegeben, seine Verpflichtungen auf den Betrag der Nachlaßmasse zu beschränken.

II. Hervorzuheben ist, daß der Erbe den Erblasser nicht bloß, wie man meist unterstellt, in vermögensrechtlicher Hinsicht repräsentirt.[7] Ihm liegt unter anderem die Bestattungspflicht ob und in Folge dessen die Wahrung der Rechte des Erblassers auf eine Grabstätte.[8 9]

III. Mehrere können zusammen als Miterben — coheredes — berufen werden.

Die Konkurrenz beschränkt die Berufung jedes Miterben auf einen Bruchtheil — eine Quote — des Nachlasses; aber jeder gilt zugleich eventuell, d. h. für den Fall der Beseitigung der Konkurrenz der Miterben, als auf das Ganze des Nachlasses auch quantitativ berufen. Sowie es sich daher entscheidet, daß einer der Miterben die ihm angetragene Quote nicht erwirbt, gebührt sie den übrigen. Man nennt dies Akkrescenz oder Anwachsung. Denn die zunächst auf eine Quote beschränkte Erbberechtigung wächst in Folge innerer Triebkraft und erfaßt damit die ausgefallene Portion.[10 11]

IV. Neben der Erbsuccession finden sich Vermächtnisse, d. h. letztwillige Zuwendungen einzelner Vermögensrechte zu Lasten des Erben. Ihr Erwerb ist rechtlich bedingt durch den Eintritt eines Erben.[12]

Nur der Erbe repräsentirt den Erblasser, nicht aber der Vermächtnißnehmer. Der Vermächtnißnehmer kann daher für die Erbschaftsschulden selbst dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn er mehr als der

---

7) So namentlich Puchta, Vorlesungen § 446: „Die Natur des Erbrechtes besteht darin, daß der Erbe die Vermögensperson des Erblassers repräsentirt, daß sie in ihn übergegangen ist und von ihm dargestellt wird."

8) Vgl. B.G.B. § 1968: Der Erbe trägt die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers.

9) Nach R.G. Bd. 12 S. 280 ist der Erbe zur Klage gegen eine Kirchengemeinde auf Gestattung des ehrlichen Begräbnisses seines Erblassers legitimirt. Es handelte sich um Bestattung der Leiche eines im Duell getödteten Sohnes des Klägers, welche inzwischen provisorisch auf einem auswärtigen Kirchhofe beigesetzt war.

10) Die Akkrescenz ist keine neue Berufung zu Gunsten des Akkrescenzberechtigten. Sonst müßte dieser den Fall erleben. Das trifft nicht zu. Die Anwachsung verwirklicht sich vielmehr auch bei den Erben des Akkrescenzberechtigten, l. 26 § 1 D. de condit. et demonstrat. 35, 1. Daher pflegt man zu sagen: „portio portioni accrescit".

11) Ueber Akkrescenz haben neuerdings vorzugsweise geschrieben: Strohal, Transmission 1879 S. 90 und Hofmann, kritische Studien 1885 S. 57. Dort siehe die Litteratur.

12) Anders nach B.G.B., vgl. § 1939.

Erbe aus dem Nachlasse erhält, ja wenn ihm der ganze Werth des Nachlasses zugewendet sein sollte.

Dagegen bestehen folgende Rechtssätze:

a) Vermächtnisse sind nur insoweit gültig, als die Aktiven des Nachlasses die Passiven übersteigen. Unter allen Umständen gehen die Gläubiger des Erblassers den Vermächtnißnehmern vor.

b) Die lex Falcidia fordert, daß dem Erben der vierte Theil seiner Erbportion frei von Vermächtnissen verbleibt. Soweit diese Grenze überschritten ist, mindern sich die Vermächtnisse von Rechtswegen.[13]

II. Voraussetzungen der Erbfolge.

§ 56. Der Erblasser.

Beerbt werden kann jeder Mensch.[1] Mitglieder eines Klosterordens sind jedoch nach kanonischem Rechte dazu unfähig.[2]

Vorausgesetzt ist, der Tod.[3] Hereditas viventis non datur. Solange also ein Individuum lebt, kann es nicht beerbt werden, auch nicht mit seinem Willen. Hiernach gilt auch der Verkauf der Erbschaft eines noch Lebenden als gegenstandslos und nichtig.[4]

Können juristische Personen beerbt werden? Dies ist zu verneinen. Dennoch ist ihr Vermögen in Ermangelung besonderer gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen bei ihrem Erlöschen nach Analogie erbloser Verlassenschaften zu behandeln, so daß es wie diese an den Fiskus fällt.[5]

---

13) B.G.B. hat die l. Falcidia beseitigt.

1) In Rom gab es Menschen, die nicht beerbt werden konnten. So insbesondere Sklaven, l. 4 C. communia de successionibus 6, 59. Gleiches galt nach älterem Rechte für Hauskinder, l. 11 D. de fidejussoribus 46, 1; nach justinianischem Rechte hinterlassen sie Erben; nur können sie in der Regel nicht testiren. Peregrinen wurden nicht nach römischem Rechte, sondern nur nach dem Rechte ihres Staates beerbt. Ulp. fragm. XX 14; vgl. Gaj. III 120. Römer aber, welche das Bürgerrecht zur Strafe verloren, konnten, da sie nirgends Bürger waren, Erben nicht hinterlassen, l. 7 § 5 D. de bonis damnatorum 48, 20; l. 8 §§ 1 ff. D. qui test. facere 28, 1.

2) Cap. 2 X. de testamentis 3, 26. Hellmann, das gemeine Erbrecht der Religiosen 1874. B.G.B. hat die Bestimmung beseitigt.

3) Als todt gilt der gerichtlich für todt Erklärte. Ergiebt sich aber hinterher die Unrichtigkeit der Todeserklärung, so war die Erbfolge nicht eröffnet.

4) l. 1 D. de hered. vend. 18, 4; l. 27 D. de acq. vel om. hered. 29, 2.

5) Vgl. oben Bd. 1 § 64 Anm. 9, B.G.B. § 46.

§ 57. Gründe der Erbfolge.

I. In Rom gab es nur zwei Gründe der Erbfolge:

1. das Testament, d. h. die einseitige letztwillige widerrufliche Ernennung eines Erben seitens des Erblassers.

2. das Gesetz, d. h. die Rechtsnorm, welche in Ermangelung eines Testamentes einen Erben beruft — den gesetzlichen oder Intestaterben.

3. Das gemeine Recht hat den Erbvertrag hinzugefügt, mittels dessen der Erblasser dem Vertragserben seinen Nachlaß kontraktlich, also in unwiderruflicher Weise zusichert.[1]

II. Für das Verhältniß von Testament und Gesetz galt in Rom grundsätzlich die Regel: „nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest".[2] Danach konnte der Erblasser seine Testamentserben nicht der Art auf einen Theil seines Nachlasses einsetzen, daß er den anderen Theil den Intestaterben beläßt. Daran knüpfen sich folgende Sätze:

a) Sind die Testamentserben im Testamente auf einen Theil des Nachlasses beschränkt, so erhalten sie gleichwohl auch den anderen Theil. Die Intestaterben sind völlig ausgeschlossen.

b) Sind Miterben testamentarisch eingesetzt und erwirbt einer das ihm Zugedachte nicht, so wächst es regelrecht den testamentarisch Mitberufenen an, die ihre Portion erwerben. Dies auch dann, wenn der Testator erklärtermaßen das Gegentheil wollte.

c) Die Regel wird paralysirt, wenn der Intestaterbe die Anfechtung des Testamentes gegen einen der Testamentserben durchsetzt und gerichtliche Rescission desselben ihm gegenüber erlangt, während er hierzu dem anderen Testamentserben gegenüber nicht im Stande ist. Dann kommt es durch die Kraft des Urtheiles zu einer Konkurrenz der testamentarischen und der Intestaterbfolge.[3]

1) Auch B.G.B. hat diese drei Berufungsgründe.

2) Cicero de inventione II, 21: Unius pecuniae dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset, l. 7 D. de R. J. 50, 17. Pomponius libro 3 ad Sabinum: Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est „testatus" et „intestatus", § 5 J. de heredibus instituendis 2, 14, . . . neque idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur.

3) l. 15 § 2 D. de inofficioso test. 5, 2. Papinianus libro 14 quaestionum: Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est ... credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.

d) Unanwendbar war die Regel bei Testamenten der Soldaten. Denn für sie ist der Wille des Erblassers das Maßgebende.[4]

Das Alles scheint ein Räthsel. Ist doch das Testament auch der Nichtsoldaten nichts Anderes als eine Willenserklärung. Im Willen des Erblassers hat es seine Quelle und ihm entnimmt es seine Kraft. Und doch erhält es eine Wirkung, die mit dem Willen des Erblassers in Widerstreit steht und weit über ihn hinausgreift![5]

Viele versuchen dies als eine Konsequenz der erbrechtlichen Principien zurecht zu legen. Aber ihre Spekulationen und Konstruktionen sind nicht gelungen. Offenbar sind die Gründe historische.

Eine Handhabe gab, daß die 12 Tafeln die gesetzlichen Erben nur für den Fall beriefen: „si intestato moritur“. Die Jurisprudenz konnte hieraus argumentiren, daß auch ein Testament über einen bloßen Theil der Erbschaft die Intestaterben ausschließe. Zwingend war dieser Schluß aber keineswegs. Der entscheidende Grund lag also hierin nicht. Wir finden ihn in Folgendem. Der altrömischen Zeit war ein einfaches, leicht zu handhabendes Recht unentbehrlich. Die Geschworenen, welche über die Privatrechtshändel entschieden, waren nicht im Stande komplicirten Verhältnissen gerecht zu werden.

Die Kombination nun der Bestimmungen eines Testamentes, welches nur über Theile des Nachlasses verfügt, oder gar mehrerer solcher

---

4) l. 6 D. de testamento militis 29, 1. Ulpianus libro 5 ad Sabinum: Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.

5) Ueber den Grund gehen die Ansichten sehr auseinander. Vgl. die Uebersicht von Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 142 und Gruchot a. a. O. Bd. 1 S. 373. Die Abhandlungen von Huschke im rheinischen Museum Bd. 6 n. 8 und von Hölder, Beiträge zum römischen Erbrechte n. 9 enthalten in Widerlegung früherer Ansichten manches Treffende, ihre eigenen Ausführungen sind unbefriedigend. Thibaut, civ. Abhandlungen S. 62 erklärt die Regel aus dem Wortlaute der 12 Tafeln, Hofmann, kritische Studien n. 4 aus dem „favor testamenti“. Hierin liegen beachtenswerthe Momente, aber eine ausreichende Begründung ist damit nicht gegeben. Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 88 und Amiet, der praktische Grund der Regel nemo pro parte testatus, Straßburger Inauguraldissertation 1883, suchen den Grund in der Absicht der Ausschließung des Konkurses über eine Erbschaftsquote. Bei der Schwierigkeit, — führen sie aus — eine Quote der erbschaftlichen Aktiva zu ihrem vollen Werthe zu veräußern, fordere das Interesse der Erbschaftsgläubiger, daß die Erbschaft nur ganz Gegenstand der Erbfolge oder ganz Gegenstand des Konkurses werden könne. Auch dies ist nicht überzeugend. Hätte hierin im alten Rom ein entscheidender Gesichtspunkt gelegen, so hätte man die Verhältnisse der Miterben ganz anders gestalten müssen, als es geschah. Denn die Miterben erhalten bekanntlich ideelle Theile der Nachlaßobjekte und die Erbschaftsschulden sind unter sie getheilt, so daß der Erbschaftsgläubiger, wenn der einzelne Miterbe seine Rate nicht zahlen kann, ganz regelrecht auf die Veräußerung des ideellen Theiles desselben verwiesen ist. Vgl. neuerdings Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 844, Bonfante im bulletino dell' istituto di diritto romano Bd. 4 S. 97.

Testamente mit Anrechten von Intestaterben, ist oft eine schwierige. An dieser Aufgabe müht sich nicht selten auch der geschulte Verstand rechtsgelehrter Richter ohne überzeugenden Erfolg ab.

Der römische judex ließ sich auf solche Verwickelungen nicht ein. Wurde ein Testament beigebracht, so legte er es ausschließlich seinem Urtheile zu Grunde. Ein anderes Verfahren hätte als unausführbar und unpraktisch gegolten.

Dasselbe Motiv führte zu der Regel, daß das jüngere Testament nothwendig durch seine Existenz das ältere aufhebe, wenn auch die Bestimmungen beider ihrem Inhalte nach verträglich gewesen wären.[6]

In der Kaiserzeit hatten sich die Verhältnisse freilich geändert.

Jetzt besaßen die römischen Richter die geistige Freiheit und die gereifte Bildung, um die Kombination mehrerer Berufungsgründe in das Werk zu setzen. Doch nunmehr hatte sich die alte Regel dem Rechte inkrustirt. Die Testamente waren auf diese Weise zugeschnitten. Sie erhielt sich daher als Tradition des älteren Rechtes. Nur bei der neuen Rechtsbildung der Soldatentestamente wendete man sie nicht an.

Die Doktrin des gemeinen Rechts übernahm auch die altrömische Regel.[7] Dennoch konnte sie nie in der deutschen Volksauffassung Wurzel fassen und sich nicht in einer gesunden Praxis einbürgern.[8]

Auch sind ihr bereits im jüngsten römischen Rechte wesentliche Stützen entzogen. Bedeutsam war, daß nach früherem Rechte jede Erbeseinsetzung ausdrücklich zu geschehen hatte. Im späteren Rechte kann die Erbeseinsetzung auch stillschweigend geschehen. Wer nun bloß über einen Theil seines Nachlasses testamentarisch verfügt, spricht damit nach der heutigen

6) Nur der Soldat konnte aus mehreren, zu verschiedenen Zeiten verfertigten Testamenten beerbt werden, l. 19 pr. D. de testamento militis 29, 1.

7) Vgl. Gruchot a. a. O. Bd. 1 S. 377. So noch der codex Max. bav. civ. Th. 3 Kap. 3 § 9, wozu Kreittmayr bemerkt: „Man verkennt nicht, daß dieses eine bloße römische Subtilität sei, welche ausgemustert zu werden verdient hätte. Demohngeachtet läßt es unser codex dabei bewenden, weil sich hieran nichts hätte reformiren lassen, ohne den langen Schweif, welcher daran hängt, gleichfalls mit wegzuschneiden.“ Anders das A.L.R. für die preußischen Staaten. Suarez fand es äußerst empörend für den gesunden Menschenverstand, daß, wenn der Testator in seinem Testamente ausdrücklich gesagt hat: filius soll mein Erbe sein, er soll aber nur die Hälfte meines Nachlasses bekommen — dieser filius jenem principio zu Gefallen dennoch das Ganze bekommt: ob es gleich klar ist, daß der Testator die andere Hälfte seines Nachlasses seinen nächsten Verwandten hat lassen wollen.

8) Gegen die Geltung der Regel erklärte sich u. a. Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 79, aber vgl. auch S. 345. Windscheid Bd. 3 § 537 Anm. 7 suchte in folgender — wie wir meinen, unzureichender — Weise zu helfen: „Für das heutige Recht ist die Frage, ob in der Erbeseinsetzung auf einen Theil des Nachlasses im Sinne des Erblassers eine Berufung zur Erbschaft und nicht vielmehr bloß die Anordnung eines Vermächtnisses gefunden werden müsse, viel eher im Sinne der letzteren Alternative zu beantworten, als sie nach röm. Rechte beantwortet werden dürfte.“

Auffassung regelmäßig den Willen aus, daß die übrigen Theile den Intestaterben zufallen sollen. Diese sind hiernach berufen.[9]

Anerkannt ist, daß ein Erbvertrag über einen bloßen Theil des Nachlasses die Intestaterbfolge bezüglich der anderen Theile der Erbschaft nicht ausschließt.

B.G.B. kennt die Regel „nemo ex parte“ nicht mehr.[10]

§ 58. Der Erwerb der Erbschaft.[1]

I. Der Erbschaftserwerb verlangt gewisse objektive Thatsachen und den Willen Erbe zu sein.

1. Die objektiven Thatsachen, die zum Erbschaftserwerbe erfordert werden, bilden die Delation oder Berufung. Es ist dies ein bildlicher, aber bezeichnender Ausdruck. Denn der Erbberechtigte ist durch jene Thatsachen vor die Entscheidung gestellt, ob er Erbe sein will oder nicht. Das erscheint so, als erginge von Seiten des Rechtes an ihn der Ruf oder der Antrag zum Erbewerden.[2]

Der Tod des Erblassers ist die für die Beerbung unentbehrliche Thatsache. Daher tritt die Berufung frühestens mit dessen Tode ein.

Oft bedarf es aber noch anderer, späterer Ereignisse. Die Berufung steht beispielsweise trotz des Todes des Erblassers noch aus, wenn eine der Erbeseinsetzung zugefügte Bedingung noch schwebt oder wenn ein Embryo der nächste Erbe für den Fall seiner lebenden Geburt sein wird.

Der Ausdruck Berufung wird nicht immer als technischer gebraucht. Insbesondere spricht man auch von einer Berufung mittels Testamentes bei Lebzeiten des Erblassers im Sinne von Erwählung des dereinstigen Erben.

2. In der Regel erwirbt der Berufene die Erbschaft erst durch seinen Willensentschluß. Dies gilt nämlich bei allen Personen,

9) In Folge des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 § 44 ist das Soldatentestament, abgesehen von seiner privilegirten Form, dem gemeinen Erbrecht unterworfen. Stellt man sich auf den Standpunkt unseres Textes, so bedurfte es in der That bezüglich der Regel nemo pro parte einer besonderen Bestimmung für die Soldatentestamente nicht mehr.

10) Vgl. namentlich B.G.B. § 2088 Abs. 1: Hat der Erblasser nur einen Erben eingesetzt und die Einsetzung auf einen Bruchtheil der Erbschaft beschränkt, so tritt in Ansehung des übrigen Theiles die gesetzliche Erbfolge ein.

1) Köppen, Lehrbuch S. 76. Vgl. auch Hofmann, kritische Studien S. 69.

2) l. 151 D. de V. S. 50, 16. Terentius Clemens libro 5 ad legem Juliam et Papiam: „Delata“ hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi. Die Delation wird nicht dadurch aufgehalten, daß der Berufene durch subjektive, in seiner Person liegende Gründe momentan an dem Erwerbe verhindert ist. Hofmann a. a. O. S. 70.

welche nicht in der Gewalt des Erblassers bis zu dessen Tode standen, den extranei oder voluntarii heredes.

Anders ist es aber bei den Gewaltuntergebenen des Erblassers, im gemeinen Rechte ausschließlich bei den Hauskindern desselben.[3]

Diese erwerben die Erbschaft ohne ihr Wissen und Wollen, selbst wenn sie überschuldet sein sollte. Jedoch gab ihnen der Prätor das Recht, sich dadurch von der Erbschaft loszumachen, daß sie sich derselben enthielten — beneficium abstinendi. So werden auch sie definitiv Erben erst durch ihre Einmischung — einen Willensakt. Daher fällt bei ihnen Berufung und definitiver Erwerb keineswegs zusammen.

II. Nach B.G.B. § 1943 erwirbt der berufene Erbe die Erbschaft zwar gleichfalls durch „Annahme". Aber mit dem Ablauf der für die Ausschlagung bestimmten Frist, ohne daß die Erbschaft ausgeschlagen ist, „gilt die Erbschaft als angenommen". Der deutschrechtliche Satz „der Todte erbt den Lebendigen" ist also zwar im Wesentlichen übernommen, doch trägt er römisches Gewand.

III. Wer einmal Erbe geworden ist, ist nach römischem Recht Erbe für immer. Der Erblasser kann also nicht Erben auf Zeit oder bis zu gewissen Ereignissen einsetzen. Semel heres, semper heres.[4]

Nach B.G.B. gilt dies nicht.

§ 59. Die Erbfähigkeit.

Zu unterscheiden ist die Erbfähigkeit, die Fähigkeit zu erben im Allgemeinen, und die Kapacität, d. h. das Recht etwas aus einem bestimmten Nachlasse von Todeswegen zu erwerben.

1. Der römischen Auffassung war die Erbfähigkeit ein Vorrecht. Dasselbe stand nur römischen Bürgern zu, und außerdem zu Gunsten von Römern deren Sklaven.[1]

In zahlreichen Fällen war auch römischen Bürgern die Erbfähigkeit zur Strafe entzogen.[2]

---

3) In Rom erwarben zwangsweise die Erbschaft auch die mit der Freiheit als Erben eingesetzten Sklaven des Erblassers.

4) Vgl. hierzu aber unten § 65.

1) Peregrinen waren erbunfähig, l. 6 § 2 D. de heredibus instituendis 28, 5, nicht minder deren Sklaven.

2) Erbunfähig zur Strafe waren namentlich a) alle zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten, da sie entweder „servi poenae" oder Peregrinen wurden, b) Ketzer und Apostaten, c) Söhne und Töchter von Hochverräthern, d) die Wittwe, welche das Trauerjahr verletzte; sie konnte nur Verwandte bis zum dritten Grade ab intestato beerben und nicht testamentarisch zur Erbin eingesetzt werden. Das Nähere siehe bei Vangerow Bd. 2 § 404.

Das Vorrecht, zu Erben eingesetzt zu werden, hatten ferner gewisse juristische Personen, insbesondere der Fiskus, die Gemeinden, die christliche Kirche und deren fromme Stiftungen. Andere Korporationen konnten es nur durch besondere Privilegien erhalten.[3]

Die testamentarische Erbfähigkeit — testamenti factio passiva — mußte in drei Zeiten vorhanden sein:

a) zur Zeit der Testamentserrichtung,

b) zur Zeit des Todes des Erblassers oder, wenn die Einsetzung bedingt war, der Erfüllung der Bedingung. Unfähigkeit zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode des Erblassers oder dem Eintritte der Bedingung wurde nicht beachtet.[4]

c) Die Fähigkeit mußte endlich von der Zeit der Berufung bis zum Erwerbe bestehen.

Die Kapacität mußte nur zur Zeit der Berufung und des Erbschaftserwerbes vorhanden sein.

2. Nach gemeinem Rechte ist die Erbfähigkeit kein Vorrecht mehr. Sie ist in der allgemeinen Rechtsfähigkeit inbegriffen. Gewohnheitsrechtlich steht es insbesondere fest, daß juristische Personen ohne weiteres erbfähig sind.[5]

---

3) Ueber die Erbunfähigkeit juristischer Personen vgl. Binding — der Aeltere — in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 293 und die dort citirten Abhandlungen, vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 1 S. 260 ff. a) Die Erbfähigkeit des römischen Staates wurde nie beanstandet, Pernice a. a. O. S. 264. b) Die Gemeinden dagegen galten lange Zeit als unfähig, zu Erben eingesetzt zu werden, wofür Ulpian, fragmenta XXII § 5 folgende wohl alt überlieferte, fadenscheinige Gründe beibringt: „nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt ut heredes fiant." Der ursprüngliche Grund war ohne Zweifel ein politischer, den man nicht eingestehen wollte: die Eifersucht Roms auf die Municipien. In der Kaiserzeit wurden letztwillige Zuwendungen an Stadtgemeinden — zunächst Vermächtnisse, Universalfideikommisse, schließlich auch Erbeinsetzungen — verstattet. Die Municipien waren nicht mehr gefährlich und bedurften der Zuschüsse durch Erbschaften zur Deckung ihres Deficits gar sehr. Die l. 12 C. de heredibus inst. 6, 24 von Leo erkennt das Erbrecht der Städte allgemein an. c) Die Erbfähigkeit der christlichen Kirche gewährleistete bereits Konstantin in der l. 1 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2. d) Die Erbfähigkeit frommer Stiftungen bestätigt l. 48 C. de episcopis 1, 3. e) Bezüglich anderer juristischer Personen bestimmt l. 8 C. de hered. inst. 6, 24. Diocletianus et Maximianus: Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est.

4) Die Zwischenzeit zwischen der Testamentserrichtung und der Delation schadete also nichts, l. 60 § 4 D. de heredibus instituendis 28, 5. Celsus libro 16 digestorum: Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum et, heres fit, si intra illud tempus quo testator decessit redierit aut, si sub condicione heres institutus est, quo tempore condicio exsistit.

5) Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 86 erhält aufrecht die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werth von mehr als 5000 M. betreffen. Vgl. auch Art. 87 Abs. 2.

Die Lehre von den drei Momenten ist gemeinrechtlich weggefallen.

Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit haben auch die Erbfähigkeit nicht. Sind sie gleichwohl instituirt, so kann die Meinung gewesen sein, die einzelnen Mitglieder einzusetzen. Ist dies nicht der Fall, so ist die Einsetzung gegenstandslos.

Nach herrschender Ansicht ist allgemeine Bedingung der Erbfolge: Existenz des Erben im Augenblicke des Todes des Erblassers.[6] Nur der Embryo, welcher damals im Mutterleibe war, gilt für den Fall lebendiger Geburt außerdem als erbfähig.

Doch jener Satz, welcher auch der modernen Rechtsauffassung nicht entspricht,[7] ist ohne römische Grundlage.

Es steht mit ihm namentlich im Widerspruche, daß der römische Erblasser seinem Sklaven gültig von einem künftigen Termine an die Freiheit hinterlassen und ihn doch zum Erben einsetzen konnte.[8] Obgleich der solchergestalt Instituirte im Augenblicke des Todes nicht Person war, wurde er mit Herankommen des Termins Erbe![9]

Eine andere Frage ist, ob solche Personen, welche im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht koncipirt waren, als dessen Verwandte anzusehen und zu seiner Intestaterbschaft berufen sind. Dies verneinte noch das Pandektenrecht. Ob es durch die Novelle 118 modificirt wurde, ist später zu erörtern.[10]

Es giebt noch im gemeinen Rechte Fälle beschränkter Kapacität.

§ 60. Indignität.[1]

Die Indignität spielt im Erbrechte der römischen Kaiserzeit eine große Rolle.

Testamentarische und gesetzliche Erbschaften sowie Vermächtnisse wurden

---

6) Vgl. z. B. Arndts § 471 Anm. 1.

7) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 n. 63.

8) l. 9 §§ 17 und 18 D. de heredibus instituendis 28, 5. Ulpianus libro 5 ad Sabinum: Si servus ex die libertatem acceperit et hereditatem pure, mox sit alienatus vel manumissus, videamus, an institutio valeat. et quidem si alienatus non esset, potest defendi institutionem valere, ut die veniente libertatis, quae hereditatem moratur, competente libertate et heres necessarius existat. Sed si in diem libertas, hereditas autem sub condicione data sit, si condicio post diem advenientem exstiterit liber et heres erit.

9) Gleichwohl bestimmt B.G.B. § 1923: Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren. Doch besagt § 2101 Abs. 1 Satz 1: Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie als Nacherbe eingesetzt ist.

10) Unten § 135.

nämlich in sehr vielen Fällen wegen Indignität entzogen und — als ereptorium — von Anderen in Anspruch genommen.

I. Es giebt zwei Hauptgruppen der Indignitätsgründe:

1. Mißachtung des Erblassers oder seines Andenkens oder seines letzten Willens. Insbesondere ist unwürdig, wer den Erblasser dolos tödtet oder verkommen läßt;[2] ferner wer im Falle der Ermordung desselben die Verfolgung seines Mörders versäumt.[3 4] Unwürdig sind auch die Intestaterben, welche den wahnsinnigen Erblasser hülflos trotz Aufforderung im Stiche lassen.[5]

Nicht minder galt als unwürdig, aus einem letzten Willen etwas zu erhalten, wer diesen als falsch[6] oder inofficiös angriff und rechtskräftig zurückgewiesen wurde.[7] Desgleichen ist die Unterdrückung des Testamentes des Erblassers durch seinen Intestaterben sowie eines Kodicilles durch den in ihm Onerirten ein Indignitätsfall.[8]

Hat ferner der Erblasser den Namen des eingesetzten Erben durchstrichen oder dessen Einsetzung formlos unter dem Vorwurfe der Unwürdigkeit zurückgenommen, so gilt der Erbe als unwürdig.

Beruhte endlich das bestimmende Motiv der Erbeinsetzung auf Irr-

---

1) Tit. Dig. de his, quae ut indignis 34, 9, Cod. de his quibus ut indignis auferuntur et ad S. C. Silanianum 6, 35. Keller, Institutionen S. 390, Vangerow Bd. 2 § 565, Walther Eck, Indignität u. Enterbung. Berliner In.diss. 1894.

2) Es ist Streitfrage, ob auch dem die Erbschaft entrissen wird, welcher durch levis culpa den Tod des Erblassers verschuldet hat. Vgl. darüber unsere früheren Auflagen. B.G.B. § 2339 Abs. 1 Nr. 1 bestimmt: Erbunwürdig ist, wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getödtet oder zu tödten versucht oder in einen Zustand versetzt hat, in Folge dessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben.

3) B.G.B. kennt diesen Fall der Erbunwürdigkeit nicht mehr.

4) Ein weiterer Fall der Indignität war Erhebung einer „status controversia“ gegen den Erblasser, l. 9 § 1 D. h. t. 34, 9. Dabei ist doch wohl nur an die ungerechtfertigte Anfechtung der Freiheit oder des Bürgerrechtes gedacht. Hiernach ist der Fall nicht gemeinrechtlich.

5) nov. 115 cap. 3 § 12, cap. 4 § 6. Es verlor ferner sein Erbrecht zu Gunsten der Kirche seiner Heimathgemeinde, wer versäumte, seinen Erblasser, welcher in Gefangenschaft gerathen war, loszukaufen, nov. 115 cap. 3 § 13. B.G.B. kennt auch diese Fälle nicht mehr.

6) l. 5 §§ 1 ff. D. h. t. 34, 9. Die Indignität drohte auch dem für die Falschheit des Testamentes aussagenden Zeugen — l. 5 § 10 D. cit. und — nach der Meinung Einiger — selbst dem Richter, welcher das Testament für falsch erklärte, wenn die höhere Instanz anders erkannte, l. 5 § 12 cit. Dies kann sich nach gemeinem Rechte nur auf dolos falsches Zeugniß oder Urtheil beziehen. Auch diese Fälle sind dem B.G.B. unbekannt.

7) l. 8 § 14 D. de inofficioso test. 5. 2. Ueber den Fall von l. 2 pr. D. h. t. siehe Keller a. a. O. S. 396.

8) l. 26 D. de lege Cornelia de falsis 48, 10. Vgl. l. 4 D. eod. Die analogen Bestimmungen des B.G.B. siehe das. § 2339 Abs. 1 Nr. 4, vgl. auch Nr. 2 und 3.

thum, wurde insbesondere ein untergeschobenes Kind im Irrthum, es sei echt, eingesetzt, so ist der Berufene unwürdig.[9]

2. Zuwendungen, die ihren Grund in gesetzwidrigem Verhalten des Erblassers und des Honorirten haben, unterliegen gleichfalls der Entreißung.

Dies trifft vor allem „tacita fideicommissa" behufs Umgehung der testamentarischen Erwerbsbeschränkungen, wenn nämlich der Erblasser Jemandem eine Zuwendung macht, welcher sich in einer aus dem letzten Willen nicht ersichtlichen Weise zur Restitution derselben an einen Erwerbsunfähigen verpflichtet hat.[10]

Unrichtig ist die Behauptung, daß entrissen werde, was der Erblasser einer mit ihm in außerehelicher Geschlechtsverbindung stehenden Person letztwillig zuwendet.[11] Dies gilt vielmehr nur von strafbaren Verhältnissen.

II. Eripient war in Rom regelmäßig der Fiskus. Man nahm an, daß der Unwürdige das Zugedachte nicht behalten dürfe, und daß gleichwohl durch den Unwürdigen Andere, die nach ihm erbberechtigt wären, ausgeschlossen seien. So hatte der Fiskus Raum. Doch überwies man in einigen Fällen das Entrissene anderen Personen.

Insbesondere erhält den Nachlaß, wer die Intestaterben eines verlassenen Geisteskranken vergeblich zur Pflege aufgefordert hat und diese selbst übernahm.[12] Und wer sich der Vormundschaft, zu der er letztwillig berufen ist,[13] oder der ihm letztwillig auferlegten Erziehung eines Kindes des Erblassers entzieht,[14] verliert das Zugedachte an die Personen, denen es ohne die Anordnung zugekommen wäre.

Die Berufung des Unwürdigen geschieht trotz seiner Indignität nach den gewöhnlichen Regeln. Er kann auch erwerben.[15]

Aber das Erworbene wird ihm entrissen.[16] Kannte der Erbe die Indignität und tritt er gleichwohl die Erbschaft an, so werden ihm An-

9) Die bezüglichen Fälle sind später näher in das Auge zu fassen. Vgl. §§ 79 ff. Ueber erzwungene Unterlassung oder Errichtung einer letztwilligen Verfügung vgl. unten § 80 Anm. 3—5.

10) l. 10 pr. l. 11, l. 23 D. h. t. 34, 9. Ueber das Delationensystem, welches sich an diese Indignität anknüpfte, vgl. Keller a. a. O. S. 411.

11) Vgl. über diese Frage unsere früheren Auflagen.

12) nov. 115 cap. 3 § 12.

13) l. 5 § 2 D. h. t. 34, 9; l. 28 § 1. l. 36, l. 32 D. de excusationibus 27, 1. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 64.

14) l. 1 § 3 D. ubi pupillus educari 27, 2. Pernice a. a. O. S. 68.

15) Deshalb spricht sich W. Eck dagegen aus, daß die Indignität hier unter die „Voraussetzungen der Erbfolge" gestellt ist. Mit Unrecht; denn eine wirksame Erbfolge wird durch die Indignität gehindert. Die Indignität bildet eine relative Erbunfähigkeit.

16) l. 16 § 2 D. h. t. 34, 9 „cum suo onere fiscum succedere".

sprüche, die er gegen den Erblasser hatte und die in Folge seines Antrittes durch Konfusion untergegangen sind, nicht wiederhergestellt. War er im Irrthume, so erfolgt Restitution.[17]

Die Anrechte des Fiskus werden nicht dadurch geschmälert, daß der Unwürdige das ihm Zugedachte ausschlug. Denn der Fiskus ließ sich die Beute nicht entziehen.[18]

Eine Frage, welche die neueren Romanisten kaum in das Auge fassen, ist, ob die Indignitätslehre in ihrer römischen Gestalt in Deutschland recipirt sei. Und doch ist dies mit der älteren Theorie und Praxis zu leugnen. Es handelt sich um eine Konfiskation, die das deutsche Rechtsbewußtsein nicht zuließ.

Nach deutscher Rechtsbildung tritt an die Stelle des Fiskus wer berufen wäre, wenn der Unwürdige nicht existirt hätte.[19]

Auf diesem Standpunkte steht auch das B.G.B.[20]

§ 61. Die ruhende Erbschaft.[1]

I. Ruhend ist die Erbschaft — hereditas jacens[2] — in der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und dem Antritte des Erben.

---

17) l. 8, l. 17 D. h. t. 34, 9.

18) Wie aber, wenn der Unwürdige den Berufungsfall nicht erlebt? l. 26 D. h. t. 34. 9. Apud Scaevolam libro 30 digestorum Claudius notat: Si vivo testatore decesserit is, cui illicite legatum relictum erat, non fisco hoc vindicatur, sed apud eum, a quo relictum est, remanet. Vgl. Eck a. a. O. S. 57.

19) Hommel, rhaps. V obs. 641. Paroemia juris Germanici: „Blutige Hand nimmt kein Erbe" . . . Respondit facultas juridica Lipsiensis 1775: titulum Pandectarum, de his quae ut indignis auferuntur, non quidem penitus obsolevisse, attamen nostris moribus quia haec ereptio confiscationem redolet non fisco sed privatis cedere, nempe coheredibus aut cognatis aut si legatarius legato indignus sit heredi, si autem scriptus ex asse heres testamentum fieri destitutum. Vult qui institutus est heres esse, sed non potest. Hommel führt für seine Behauptung eine stattliche Reihe angesehener Praktiker, unter anderen Carpzov und Leyser an: „qui omnes uno ore non ad fiscum sed ad privatos indigni portionem pertinere affirmant". An Dissentienten fehlte es natürlich nicht. So das O.A.G. Rostock, Seuffert, Archiv Bd. 17 n. 265. Neuerdings aber hat die richtige Ansicht eindringlich vertheidigt Fr. Zimmermann im Archiv für praktische Rechtsw., III. Folge Bd. 1 S. 355. Vgl. auch Wendt, Pand. § 373 a. E. Seuff. Arch. Bd. 46 n. 268, Eck a. a. O. S. 81 ff.

20) Vgl. B.G.B. § 2344: Ist ein Erbe für erbunwürdig erklärt, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt. Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Eintritte des Erbfalls erfolgt.

1) Die grundlegende Arbeit ist von Jhering, Abhandlungen n. 3, dazu Scheurl, Beiträge Bd. 1 n. 1. Die umfangreiche Litteratur hat neuestens Köppen, Lehrbuch S. 44 zusammengestellt. Vgl. noch Dusi, la eredità giacente 1891, insbes. S. 116, Steinlechner, d. schwebende Erbrecht u. die Unmittelbark. der Erbfolge Thl. II S. 1 ff.

Es bestand ein Kampf zwischen einer grobsinnlichen Auffassung, die, aus ältester Zeit stammend, in Rom nie ganz verdrängt wurde, und verfeinerten, durch die Jurisprudenz entwickelten Vorstellungen. Dabei handelt es sich keineswegs bloß um dogmatische Begriffe, sondern um handgreifliche Interessen.

1. Ist der bisherige Eigenthümer todt, der Erbe aber hat noch nicht angetreten, so erscheint naiver Anschauung der Nachlaß ohne Herrn, also rechtlos.[3] Das war im alten Rom keineswegs bloße Theorie, sondern empfindliche Praxis:

a) Hiernach galt gewinnsüchtige Aneignung von Nachlaßsachen, solange sie der Erbe noch nicht in Besitz genommen hatte, nicht als furtum, war also straflos — ein Satz von größter Tragweite.[4] Im Augenblicke höchster Gefährdung des Vermögens, in welchem sein Träger und Schützer hinweggerafft ist, erhielt die Plünderung durch Verneinung der Strafbarkeit einen Freibrief!

b) Betrachtete man so den Nachlaß als herrenlos, so wäre es vielleicht folgerecht gewesen, jeden Okkupanten unmittelbar als Eigenthümer anzusehen. So weit ist man zwar nicht gegangen. Man statuirte aber die usucapio pro herede. Wer eine Nachlaßsache in Besitz nahm,

---

2) In den Quellen findet sich der Ausdruck „hereditas jacet", l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43, 24.

3) Von der Herrenlosigkeit geht namentlich Labeo aus. So l. 65 D. de her. inst. 28, 5 — servus hereditarius nullius est —, l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43, 24. Er bemühte sich, die Konsequenzen abzuwehren. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 358. Noch Gajus Inst. II § 9, l. 1 pr. D. de d. r. 1, 8 lehrt: quod humani juris est, plerumque alicujus in bonis est: potest autem et nullius in bonis esse, nam res hereditariae antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

4) Gajus, Inst. III § 201; l. 69—71 D. de furtis 47, 2; l. 6 D. expilatae hereditatis 47, 19. Eine eigenartige Erklärung versucht Scävola l. 1 § 15 D. si is qui testamento liber esse 47, 4. Ulpianus libro 38 ad edictum: Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet quae facti est et animi. Dieser Versuch ist verunglückt. Ein furtum ist zweifellos an fremden Sachen möglich, die niemand besitzt, z. B. an im Seesturm ausgeworfenen Waaren, falls sich der Auswerfende bloß des Besitzes, nicht auch des Eigenthumes entledigen wollte, l. 43 § 11 D. de furtis 47, 2. Der Satz „furtum hereditati non fieri" war vom Standpunkte der Zeit Scävolas nicht mehr zu erklären. Er bildete eben ein Residuum der älteren Anschauung, daß der Nachlaß herrenlos sei. Dies war die Ansicht von Paulus libro primo ad Neratium l. 6 D. expilatae hereditatis 47, 19: rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domino est. Allerdings wendet Ihering a. a. O. S. 165 ein, daß die Aneignung von Nachlaßsachen auch nach dem Antritt der Erben, solange sie nicht in dessen Besitz gekommen waren, nicht als furtum betrachtet wurde, l. 2 § 1 D. exp. her. 47, 19 und schließt hieraus, daß die Besitzlosigkeit, nicht die Herrenlosigkeit der Nachlaßsache der Grund war. Der Satz beweist aber unseres Erachtens nur, daß man in der ältesten Zeit den Erwerb der Nachlaßsachen durch den Erben erst mit der Besitzergreifung als vollendet ansah. Vgl. noch Steinlechner a. a. O. Theil I S. 137.

usukapirte in einem Jahre ursprünglich die Erbenstellung, später die Nachlaßsache. Erst die Besitznahme seitens des Erben schloß die Möglichkeit einer solchen Usukapion aus.[5]

2. Die Jurisprudenz und kaiserliche Reskripte waren bestrebt, den Nachlaß zu schützen und dem Erben zu erhalten. Das setzte aber voraus, daß man die Idee der Herrenlosigkeit des Nachlasses durch andere Vorstellungen überwand.

Dazu schlug man verschiedene Wege ein.

a) Man stellte den Satz auf, der Erbe gelte, wann immer er die Erbschaft erwerbe, als vom Tage des Todes des Erblassers an succedirend.[6] Was inzwischen gegen den Nachlaß geschah, erscheint also nachträglich als eine Usurpation gegen den Erben.

b) Dies schien nicht ausreichend. Auch bei dieser Vorstellung blieb es dabei, daß der Nachlaß zunächst herrenlos war.

Bessere Hülfe war es, wenn sich in der Zwischenzeit ein gegenwärtiges Rechtssubjekt einführen ließ, unter dessen Namen der Nachlaß geschützt ist und verwaltet werden kann.

Nun ist die Person des Erblassers historisch der Mittelpunkt der Erbschaft, die Spur seines Wesens und Wirkens hat sich in seinem Nachlasse erhalten, aus ihm tritt er unserem geistigen Auge noch entgegen. Hiernach schien das Axiom gerechtfertigt: Der Nachlaß trägt die

5) Gajus Inst. II §§ 52 ff. Vgl. insbesondere § 54. Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est: et quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse. tamen in omnibus rebus hereditariis etiam quae solo tenentur annua usucapio remansit. — Die von Gajus in § 55 angeführten „Gründe" für die usucapio pro herede: voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur, sind offenbar in späterer Zeit zur Beschönigung erdacht und nimmermehr die Wurzeln. Ueber die usucapio pro herede s. Keller, Institutionen S. 248, Hölder, Abhandl. S. 129 und die bei Arndts § 472 Anm. 2 Citirten, auch Ihering, Scherz und Ernst S. 137.

6) Einen bestimmten Ausdruck gab diesem Gedanken Cassius l. 28 § 4 D. de stipulationibus servorum 45, 3. Gajus libro 3 de verborum obligationibus: Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit: Proculus negavit quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse. Hiernach spricht denn Celsus libro 38 digestorum l. 193 D. de R. J. 50, 17 allgemein aus: Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent; ebenso Florentinus libro octavo institutionum l. 54 D. de acq. vel omitt. her. 29, 2: Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur. Aehnlich Paulus in der l. 138 pr. D. de R. J. 50, 17. Ueber das Rückwirkungsprinzip vgl. hauptsächl. Steinlechner a. a. O. §§ 5—8, 28 ff.

Person des Erblassers in sich und hat so noch in ihm seinen Herrn. Dasselbe wurde vorzugsweise durch Julian vertreten und erhielt durch dessen Autorität Anerkennung.[7]

Der kraß realistischen Vorstellung, daß der Nachlaß herrenlos sei, trat also die spiritualistische — etwas phantastische — gegenüber, daß der Nachlaß die Person des Erblassers repräsentire.

In innerer Verbindung hiermit stehen tiefgreifende Neuerungen.

Ein Senatuskonsult erklärte unter Hadrian die usucapio pro herede dem Erben gegenüber als unwirksam.[8]

Die Plünderung der Erbmasse wurde als crimen expilatae hereditatis mit öffentlicher Strafe belegt, was eine Oratio von Mark Aurel bestätigte.[9]

Auch der Satz, daß die Erbschaft die Person des Erblassers in sich trage, hat schließlich nur den Zweck, dem Erben zu dienen. Soweit er mit berechtigten Interessen des Erben in Widerspruch kommt, hat er daher keine Anwendung.[10]

II. Eine ruhende Erbschaft im römischen Sinn ist dem B.G.B. fremd.[11]

III. Zur Geschichte des Erbrechtes.

§ 62. Hereditas und bonorum possessio.[1]

Im ausgebildeten römischen Rechte bestehen nebeneinander zwei Erbrechtssysteme: das civile — die hereditas — und das prätorische — die bonorum possessio.

---

7) l. 33 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 4 disputationum: Nam et condictio, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet: cujus et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis. Vgl. l. 31 § 1 D. de her. inst. 28, 5; l. 15 pr. D. de interrogat. 11, 1. Am schärfsten spricht sich aus Ulpianus libro 4 de censibus l. 34 D. de a. r. d. 41, 1: Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est. So auch § 2 J. de heredibus inst. 2, 14.

8) Gajus, Inst. II § 57. Im justinianischen Rechte wurden die Singularitäten der usucapio pro herede ganz beseitigt, es gelten nur die allgemeinen Grundsätze der Usukapionslehre.

9) l. 1 D. expilatae hereditatis 47, 19.

10) Hiernach heißt es: hereditatem in quibusdam vice personae fungi — l. 15 pr. D. de usurp. 41, 3 oder in plerisque: pr. J. de stipulatione servorum 3, 17. In l. 35 D. de stipulat. serv. 45, 3 erklärt Modestinus libro septimo regularum eklektisch: Servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur.

11) Strohal, deutsches Erbrecht S. 11.

1) Die hauptsächlichsten Quellen der Lehre sind tit. Inst. de bonorum possessionibus 3, 9, ferner das 37. Buch der Pandekten und zahlreiche Titel des 38. Buches, sowie Codex lib. 6 von tit. 9 an. Die neuere Litteratur stellt zusammen Leist in

Die bonorum possessio ist in ihrer regelmäßigen Gestalt Universalsuccession wie die hereditas, begründet also den unmittelbaren Uebergang der Nachlaßaktiven sowie der Nachlaßschulden.[2] Die Regel nemo pro parte testatus, ferner die Akkrescenz treten bei der bonorum possessio wie bei der hereditas ein.

Bezüglich der Berufung und des Erwerbes walteten aber große Verschiedenheiten zwischen den beiden Instituten.

1. Das alte Civilrecht berief ab intestato ausschließlich agnatische Verwandte und Geschlechtsgenossen, es berücksichtigte in keiner Weise Kognaten, ebensowenig den überlebenden Ehegatten des Erblassers als solchen.

Der Prätor ertheilte dagegen die bonorum possessio auch bloßen Kognaten und dem überlebenden Ehegatten. Nicht minder entwickelte sich ein prätorisches Testament in freierer, vom Civilrecht abweichender Weise. Da konnte es denn geschehen, daß der eine heres, ein anderer bonorum possessor war. Wer ging dann vor? Ein allgemeines Princip bestand darüber nicht.[3]

An und für sich war das Recht des heres das besser fundirte.

Er konnte mit der hereditatis petitio, gestützt auf sein Erbenrecht, dem bonorum possessor den Nachlaß abstreiten und demselben den Besitz wieder entwinden. Aber da das spätere Rechtsbewußtsein überwiegend in der Ordnung der bonorum possessio Ausdruck gefunden hatte, so wurde doch der bonorum possessor in zahlreichen Kollisionsfällen durch die exceptio doli generalis gegen den heres geschützt.

Wo die bonorum possessio durch den heres zunichte gemacht werden konnte, war sie sine re, d. h. ohne dauernden Effekt, sonst cum re.[4]

den unten genannten Schriften. Besonders zu nennen sind Löhr in seinem Magazin Bd. 3 S. 216 ff. und Bd. 4 S. 149 ff., Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bon. poss. 1837, Leist bonorum possessio Bd. 1 1844 und Bd. 2 1848 und Leist in Glücks Pand. Serie der Bücher 37 und 38 Bd. 1—5. Siehe auch Ubbelohde, die erbrechtlichen Interdikte bei Glück, Serie d. Bücher 43 und 44 Theil 3, Voigt, röm. Rechtsgesch. Bd. 1 § 48.

2) l. 3 § 1 D. de bonorum possessionibus 37, 1. Ulpianus libro 39 ad edictum: Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim juris magis quam corporis possessio. denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait, l. 1 D. eod. Ulpianus eod. Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit: nam haec omnia bonis sunt conjuncta, l. 208 D. de V. S. 50, 16.

3) Hugo, bon. poss. Hal. 1788 und Löhr, Magazin Bd. 3 S. 304, Bd. 4 S. 441 behaupteten: die Erbfolgeordnung des Ediktes habe allgemein den Vorzug vor derjenigen des Civilrechts gehabt. Wenn aber der Civilerbe die ihm nach dem Edikte angetragene bonorum possessio nicht rechtzeitig agnoscirt und in Folge dessen ein anderer die bonorum possessio erworben habe, sei dieselbe sine re. Doch den Quellen ist dies fremd, wie sich namentlich aus Gajus, Inst. II §§ 119—121 ergiebt. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 399.

2. Während der Erwerb der hereditas ein privater Vorgang ist, wurde die bonorum possessio durch gerichtlichen Akt erworben.

a) Das prätorische Edikt verzeichnete die Fälle, in denen die bonorum possessio ertheilt werden sollte.

Darauf hin war die Gewährung im Einzelfalle beim Prätor zu beantragen.[5] Dieser ertheilte sie ohne eingehende Untersuchung „ex edicto“, d. h. für den Fall, daß der Antragsteller thatsächlich der nach dem Edikt Berufene war. Machte der Beliehene die bonorum possessio dann gegen Dritte im Prozeßwege geltend, so konnten diese das Nichtvorhandensein der nach dem Edikt erforderten Thatsachen noch einwenden und, hierauf gestützt, die Rechtsbeständigkeit der bonorum possessio leugnen.[6]

Diese Art der bonorum possessio nannte man edictalis.

b) In anderen Fällen verlieh der Prätor die bonorum possessio durch ein besonderes Dekret nach eingehender Sachuntersuchung — decretalis b. p.[7] [8]

In der christlichen Kaiserzeit wurde die ediktale b. possessio nicht mehr besonders gegeben. Es genügte, daß sie bei irgend einem Gerichte agnoscirt, d. h. der Wille ihres Erwerbes gerichtlich verlautbart wurde.[9]

3. Für den Erwerb der hereditas bestanden keine gesetzlichen Fristen; der Erwerb der ediktalen bonorum possessio war dagegen an eine kurze Frist gebunden. Und zwar betrug sie in der Regel 100 Tage

4) Ulpiani fragm. tit. XXVIII § 13: Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re, cum is, qui accepit cum effectu bona retineat; sine re cum alius jure civili evincere hereditatem possit. Gajus Inst. III § 36: Nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit contentus eo, quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit. Vgl. Leist bei Glück Bd. 1 S. 312 u. 343.

5) Die bonorum possessio galt als prätorisches „beneficium“, Ulpianus fragm. tit. XXVIII § 12, es war Theil des officium jus dicentis „bonorum possessionem dare“, l. 1 D. de jurisdictione 2, 1.

6) Vgl. Vangerow Bd. 2 § 400 und dort Citirte.

7) Ueber die Form der Ertheilung der bonorum possessio decretalis siehe l. 3 § 8 D. de bon. poss. 37, 1. Die Fälle der bonorum possessio decretalis haben materiell nichts Gemeinsames; vgl. über sie Leist bei Glück Bd. 2 S. 265. Unter anderem gehören hierher Fälle provisorischen Erbschaftsbesitzes, wo definitiver Erwerb noch nicht möglich ist, oder wenigstens vertagt werden darf, wie bei der b. p. Carboniana, ferner Fälle, welche zwar der Wortlaut des Ediktes über die b. p. nicht deckt, die aber in dem Grundgedanken desselben einbegriffen sind.

8) Eine seit dem Mittelalter häufige Eintheilung der bonorum possessio ist die in ordinaria und in extraordinaria. Sie hat aber keine Grundlage in den Quellen.

9) l. 9 C. qui admitti 6, 9. Leist bei Glück Bd. 2. S. 309.

von der Berufung an; den Descendenten und Ascendenten des Erblassers aber lief ein Jahr. Die Berechnung war durchweg die utile.[10]

4. Der civilen Intestaterbfolge war in alter Zeit der merkwürdige Satz zu eigen: „in legitimis hereditatibus successio non est". War also einmal eine Delation an die Intestaterben geschehen und blieb sie ohne Resultat, so wurde nicht weiter deferirt; die Erbschaft wurde vakant.

Dagegen stellte der Prätor für die ediktale bonorum possessio das successorium edictum auf. Wenn also die zunächst Berufenen die bonorum possessio ausschlugen oder sie nicht innerhalb der Frist agnoscirten oder sonst wegfielen, so geschah eine neue Delation an die nach der Ordnung des Edikts Folgenden.[11]

Der bonorum possessor erhielt sämmtliche Klagen des Erben gegen Schuldner des Erblassers und Inhaber von Erbschaftssachen utiliter.[12] [13] Aber auch die Erbschaftsgläubiger ihrerseits konnten gegen ihn klagen.

Er hatte außerdem das interdictum „quorum bonorum", wodurch er sich schleunig den Besitz der körperlichen Erbschaftssachen erzwang. Aus diesem Grunde war vor Allem dem Civilerben der Erwerb der bonorum possessio[14] wünschenswerth.

---

10) § 9 J. h. t. 3, 9; l. 1 § 9, § 12 D. de successorio edicto 38, 9.

11) l. 1 § 10 D. de successorio edicto 38, 9. Ulpianus libro 49 ad edictum: Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit tunc ceteris bonorum possessio perinde competit ac si prior ex eo numero non fuerit. Es ist anzunehmen — wie Lenel, edictum S. 289 hervorhebt —, daß dieser Bericht ziemlich wortgetreu dem Wortlaut des prätorischen Ediktes entspricht.

12) Die Klagen zu Gunsten und zu Lasten des bonorum possessor waren ficticiae nach dem Schema: Si Aulus Agerius L. Titio heres esset, tum si eum fundum. de quo agitur, ex jure quiritium ejus esse oporteret. Gajus, Inst. IV § 34. In dieser Formel sucht man vergebens die Erwähnung der grundlegenden Thatsache, daß Kläger die bonorum possessio ediktmäßig erworben hat. Aber mit Recht führt Lenel, edictum S. 143 aus, daß für die ständige Einfügung kein Bedürfniß bestand, und daß praktische Gründe gegen sie sprachen. Denn häufig wird der Beklagte nicht in Abrede stellen, daß Kläger die bonorum possessio rechtmäßig erhalten hat, vielmehr nur, daß dessen Erblasser Eigenthümer oder Gläubiger war. Dann bedurfte es keines Zusatzes in der Formel, der nur Chikane nahe gelegt hätte. Leugnete aber der Beklagte den Erwerb der bonorum possessio durch den Kläger mit einigem Anschein, so stand ihm die exceptio offen: „si A° A° ex edicto praetoris bonorum possessio data est". Ebenso war es, wenn Jemand als bonorum possessor belangt wurde. Leugnete er, bonorum possessor zu sein, so mußte er eine bezügliche exceptio in die Klagformel inseriren lassen.

13) Der bonorum possessor erhielt sogar nach Analogie der hereditatis petitio des Civilerben eine „hereditatis petitio possessoria", vgl. hierüber Lenel, edictum S. 141.

14) Gajus, Inst. III § 34 ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat. quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is qui ita bonorum possessionem petit interdicto cujus principium est „quorum bonorum" uti possit.

§ 63. Entwickelung der bonorum possessio.

Die bonorum possessio stand dem Civilerben offen, wie auch gewissen Personen ohne civiles Erbrecht.

Dies drängt die Frage auf, wo liegt der Kern des Institutes? Bezweckte der Prätor bei Einführung des Instituts eine Hülfe für den Civilerben oder die Schaffung neuer Erbklassen?

Das letztere war die bei Weitem wichtigste Funktion der entwickelten bonorum possessio. Hiernach unterstellten die Juristen der Kaiserzeit, sie sei zum Zwecke der Ergänzung und Verbesserung des civilen Erbrechtes in das Leben gerufen.[1] Dies ist die Ansicht vieler Neueren geblieben.[2] Sie ist aber verfehlt. Erfahrungsgemäß bildet sich das Recht der Praxis zunächst unter Anlehnung an das Gesetz, es entwickeln sich dabei neue Gedanken, welche über das Gesetzesrecht hinausführen und es allmählich umgestalten, ja verdrängen. Sollte es bei der bonorum possessio anders gewesen sein? Welche Aufnahme hätte ein Prätor in Rom gefunden, wenn er ohne Vorbereitung statt des Erbrechtes der 12 Tafeln ein neues unter dem neuen Namen proklamirt hätte!

a) Der ursprüngliche Zweck war vielmehr, dem Civilerben zu Hülfe zu kommen, indem man ihn in den Nachlaß einwies und zu diesem Behufe mit dem interdictum quorum bonorum ausrüstete. Sie war also eingeführt adjuvandi juris civilis gratia.

Hieraus erklärt sich, daß der bonorum possessio die Ordnung des Civilrechtes zu Grunde liegt, die nur erweitert und modificirt ist.[3]

Was den Prätor zu solcher Hülfe veranlaßte, darüber streitet man.[4]

Anknüpfungspunkt war das uralte Recht des Prätors, bei Einleitung des Erbschaftsprozesses dem einen Theil die Vindicien, d. h. den Besitz zu ertheilen.

Es ist aber ein begreifliches Bestreben des Erben, auch ohne einen Prozeß anstellen zu müssen, möglichst leicht und rasch in den Besitz der Erbschaft zu gelangen. In Rom, wo die Plünderung der Erbschaft straffrei war, mußte dies Bedürfniß auf das dringendste hervortreten. Man entsprach ihm, indem man die bonorum possessio demjenigen ertheilte, welcher prima facie als Erbe erschien.[5]

---

1) pr. J. h. t. 3, 9. Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia.

2) So Savigny, vermischte Schriften Bd. 2 S. 231, Windscheid Bd. 3 § 532 Anm. 4. Noch andere führt Leist bei Glück a. a. O. Bd. 1 S. 40 an.

3) Anschaulich tritt uns der Entwickelungsgang in den Berichten Ciceros, insbesondere in Verrem II, 1 cap. 44 §§ 14 ff. entgegen, vgl. hierüber Leist bei Glück S. 50.

4) Die verschiedenen Ansichten stellt Leist bei Glück a. a. O. Bd. 1 S. 44 dar.

b) Später kam man dazu, die bonorum possessio, falls ein Civilerbe nicht existirte oder sich wenigstens nicht meldete, Personen zuzuweisen, welche nicht Erben waren.

Ohne die Dazwischenkunft des Prätors wäre die Erbschaft dem ersten Okkupanten und Usukapienten zugefallen. Gerechter und billiger erschien es, sie denen zu verschaffen, welche in naher Familienbeziehung mit dem Erblasser standen, insbesondere Kognaten, welche das Civilrecht nicht berücksichtigte, und dem überlebenden Ehegatten.

So entstanden Klassen der bonorum possessio supplendi juris civilis gratia.

c) Ein letzter Schritt war es, daß man die bonorum possessio in gewissen Fällen Nichterben gab und diese gegen den Erben schützte — corrigendi juris civilis gratia.

Dies bildete den Höhepunkt des Institutes, von dem es allmählich wieder hinabstieg.

Im jüngsten römischen Rechte wurde die hereditas selbst erweitert und der Billigkeit gemäß umgebildet. Es bedurfte daher der Ergänzung durch die bonorum possessio kaum noch und sie wurde fast ganz absorbirt. Gemeinrechtlich vollends ging sie im Erbrecht auf. Daneben blieben provisorische Einweisungen präsumtiver oder eventueller Erben übrig, welche man wohl mit dem Namen der b. p. belegt, die aber ihren ganz besonderen Charakter haben.

§ 64. Legate und Fideikommisse.[1]

Bis Justinian bestanden auch für Vermächtnisse zwei Institute, ein altciviles — das Legat — und ein neueres — das Fideikommiß.

1. Die Legate waren an Formen gebunden und strikten Rechtes.

Nur in gültigen Testamenten waren sie möglich, nur den Testamentserben konnten sie aufgelegt werden; sie mußten der Erbeseinsetzung als dem Hauptstück des Testamentes nachfolgen, sonst waren sie nichtig.[2]

---

5) Das Edikt über die bonorum possessio secundum tabulas hat bei Cicero in Verrem II, 1 cap. 45 § 117 folgenden Wortlaut: Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Aller Wahrscheinlichkeit nach begann hiermit das älteste Edikt über die bonorum possessio. Das „ambigitur“ weist die ursprüngliche Verbindung mit dem Erbschaftsprozesse nach. Dagegen sind im Edikte Hadrians die Worte „si de hereditate ambigitur“, soweit ersichtlich, verschwunden, Lenel, edictum S. 277.

1) Gajus, Inst. II §§ 192 ff. Ulpiani fragm. tit. XXIV und XXV. Fadda, dell' origine dei legati in per l' VIII centenario della Università di Bologna studi giuridici e storici 1888 S. 163.

Es gab 4 Typen. Zwei sind Hauptarten, zwei sind Nebenarten.

a) Das legatum per vindicationem übertrug unmittelbar Eigenthum. Seine specifischen Worte waren „do lego"; doch auch „sumito", „capito", „sibi habeto" erkannte man an.[3]

Die vermachten Objekte mußten zur Zeit des Todes im quiritischen Eigenthume des Erblassers stehen, nicht minder — von Fungibilien abgesehen — bereits im Augenblicke der Testamentserrichtung, sonst waren sie ungültig vermacht.

Der Legatar erwarb nach der Lehre der Sabinianer das Eigenthum mit dem Antritte des Erben ohne sein Wissen und Wollen, doch konnte er repudiiren; die Prokulianer forderten dagegen zum Erwerbe eine Annahmeerklärung seitens des Legatars.[4]

b) Die andere Hauptform war das Damnationslegat mit der Formel: „damnas esto dare".[5] Dies Legat gab nicht unmittelbar Eigenthum, begründete vielmehr eine Obligation des Erben zur Uebereignung. In solcher Weise konnte der Erblasser auch Sachen seines Erben oder Dritten vermachen, die der Erbe zu erwerben und zu geben oder deren Preis er zu bezahlen hatte.

c) Eine Nebenform des Damnationslegates war das l. sinendi modo relictum, welches den Erben zum Dulden der Wegnahme verpflichtete. Es genügte hierzu, daß die legirte Sache dem Erblasser zur Zeit seines Todes oder daß sie wenigstens dem Erben gehörte.[6]

d) Das Vindikationslegat hatte eine Nebenform in dem Präceptionslegat mit der Formel „praecipito", vorzugsweise zu Gunsten eines Miterben.[7]

Die Sabinianer wollten es ausschließlich für Miterben gelten lassen,

---

2) Gajus, Inst. II § 229. Ulp. fragm. XXIV § 15.

3) Gajus, Inst. II § 193. Die Meisten halten mit Recht das Vindikationslegat für das älteste Legat, für die Urform. Es ist das einfachste, wiederum aber auch das strikteste, was beides auf ein höheres Alter hinweist. Doch ist Hölder, zur Geschichte des römischen Erbrechtes 1881 S. 72 anderer Ansicht.

4) Gajus II § 195.

5) Gajus II § 201. Ulp. fragm. XXIV § 14.

6) Gajus II § 209. Wie kam man auf das sonderbare legatum sinendi modo relictum? In dieser Form allein ließen sich Objekte vermachen, die des quiritarischen Eigenthums unfähig waren, z. B. die possessiones am ager publicus, die praedia provincialia. Vgl. Ulpianus fragm. XXIV § 9: res populi . . nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest. So wird auch der bonitarische Eigenthümer, welcher seinen Erben nicht zur Gewährung des quiritarischen Eigenthums verpflichten wollte, vermacht haben.

7) Bernstein, zur Lehre vom römischen Voraus, in d. Savigny-Ztschr. rom. Abthlg. Bd. 15 S. 26.

die Prokulianer behandelten es als Vindikationslegat, auch wenn es Fremden zugewendet war.[8]

Das S. C. Neronianum milderte die schroffe Scheidung der Legatsarten.[9]

2. Fideikommisse, d. h. Vermächtnisse, die ohne Beobachtung der civilrechtlichen Regeln, nicht befehlend, sondern ersuchend angeordnet wurden, waren seit Alters in Rom häufig. Denn wegen eines einzelnen Vermächtnisses ein Testament zu errichten, welches stets die Gesammterbschaft betreffen mußte, war oft lästig, oft nicht ausführbar. Nicht selten ordnete man auch Fideikommisse zu Gunsten von Personen an, welche man nach Civilrecht nicht bedenken konnte. Eine Schrifturkunde — codicilli — war die Regel, die sich im Interesse der Anordnung von selbst empfahl; nothwendig war sie nicht.

Fideikommisse standen ursprünglich außerhalb des Rechtes; Pietät und Dankbarkeit des Beauftragten — des Fiduciars — sowie Scheu vor der öffentlichen Meinung bewirkten gleichwohl regelmäßig Erfüllung. Seit Augustus aber wurden sie extra ordinem klagbar.[10]

Seitdem wurden sie allmählich einschränkenden Rechtsregeln unterworfen.[11] Ja in der christlichen Kaiserzeit verloren sie die ursprüngliche Formlosigkeit der Errichtung und es wurde Zuziehung von 5 Zeugen regelmäßige Form — die Kodicillarform.

3. Justinian endlich verschmolz Legate und Fideikommisse. Jedes Vermächtniß sollte die Vorzüge des Legates und des Fideikommisses vereinigen.[12]

§ 65. Fideikommissarische Erbschaften.[1]

Die Auflage der Restitution einer Erbschaft oder einer Quote derselben wird von den Neueren meist Universalfideikommiß genannt.[2]

---

8) Gajus II § 216. Bernstein a. a. O. S. 39. Nach der Ansicht der Sabinianer konnte das Präceptionslegat auch nicht mittels selbständiger Klage, sondern nur bei Gelegenheit der actio familiae erciscundae vom Prälegatar geltend gemacht werden.

9) Ulp. frag. XXIV § 11. Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet jure civili non valeat legatum, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur; quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est perinde sit ac si optimo jure legatum esset: optimum autem jus legati per damnationem est. Gajus II §§ 197, 218.

10) § 1 I. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23, pr. I. de codicillis 2, 25. Bruckner, zur Geschichte des Fideikommisses 1893.

11) Vgl. über fideicommissa Gajus II §§ 246 ff., speciell über die Unterschiede der Legate und der Fideikommisse: Gajus II §§ 268 ff. siehe ferner Ulp. fragm. XXV.

12) l. 2 C. communia de legatis 6, 43.

Seit der Kaiserzeit nahm dies Institut einen hohen Aufschwung, so daß es durch die Gesetzgebung besondere Pflege erhielt.

Was veranlaßte diese Entwickelung eines neuen mächtigen Astes an dem alten Baum des römischen Erbrechtes?

1. Das alte Recht hatte die Regel semel heres, semper heres gebildet. Dieselbe sicherte einfache und durchsichtige Verhältnisse, schnitt Verwickelungen ab, welche unvermeidlich sind, wenn sich mehrere Erben zeitlich folgen, und beseitigte Schwierigkeiten für die Erbschaftsgläubiger, wie sie bei einem Wechsel der Erben, welche die Nachlaßschulden zu entrichten haben, leicht entstehen.

Auf die Dauer kam man aber mit jener einfachen durchgreifenden Regel nicht aus. Erhielt sie sich gleich grundsätzlich, so wurde sie doch praktisch durch das Universalfideikommiß umgangen. Denn oft ist die Lage der Familie so, daß der Erblasser wünschen muß, dem Erben — als Fiduciar — seinen Nachlaß nur auf Zeit oder bis zu gewissen Ereignissen, dann aber Anderen — als Fideikommissaren — zu hinterlassen, beispielsweise sein Vermögen dem überlebenden Ehegatten auf Lebenszeit zuzuwenden, nach dessen Tode aber seinen nächsten Verwandten. Zuweilen empfiehlt es sich ferner, die Mittelsperson eines fiduciarischen Erben im Interesse des Fideikommissars zu wählen,[3] z. B. weil dieser den Nachlaß zur Zeit als Erbe wegen Abwesenheit oder Geisteskrankheit nicht erwerben könnte.

Solche Zwecke suchte man zu erreichen, indem man den Einen zum Erben einsetzte und ihm auflegte, die Erbschaft dem Anderen herauszugeben.

2. Dieses Universalfideikommiß war ursprünglich bloßes Vermächtniß. Dabei stieß man aber auf große praktische Schwierigkeiten. Denn der Erbe war durch dasselbe verpflichtet, dem Universalfideikommissar die Aktiven der Erbschaft zu übereignen und abzutreten, blieb aber gleichwohl den Erbschaftsgläubigern ausschließlich haftbar.[4] Wohl konnte er

1) Gajus II § 247; Tit. Inst. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23; Dig. ad S. C. Trebellianum 36, 1; Cod. 6, 49.

2) Manche, z. B. Windscheid Bd. 3 § 662, sprachen von „Erbschaftsvermächtniß“. Kommt man aber dann zu „Erbschaftsvermächtnißnehmer“ und folgerecht zu „Erbschaftsvermächtnißträger“ — statt Fiduciar — so wird die Bezeichnung bedenklich.

3) l. 48 D. h. t. 36, 1 . . prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse videatur. l. 3 § 3 D. de usuris 22, 1.

4) Gajus II § 252. Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii sed potius emptoris: tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur

von dem Universalfideikommissar Deckung für die Erbschaftsschulden, eventuell Ersatz seiner Auslagen für dieselben fordern. Aber er trug die Gefahr, wenn dieser seine Schuldigkeit ihm gegenüber nicht erfüllte. Dann mußte er den Erbschaftsgläubigern aus eigenem Vermögen zahlen, und von dem Universalfideikommissar, welcher die Erbschaftsaktiven an sich genommen hatte, erlangte er keinen Ersatz.

Dies veranlaßte das S. C. Trebellianum. Danach gehen die Erbschaftsklagen, aktive und passive, auf den Universalfideikommissar über, sowie ihm der Nachlaß dem Willen des Erblassers gemäß restituirt ist; der Fiduciar kann nach der Restitution die Erbschaftsklagen nicht mehr geltend machen und wegen der Nachlaßschulden nicht mehr belangt werden.[5]

Auch nach dem S. C. Trebellianum ist das Universalfideikommiß zunächst Vermächtniß, wird als solches erworben und begründet nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben auf Restitution. Aber es läuft seitdem in eine mittelbare Erbfolge aus. Denn nach der Restitution vertritt der Universalfideikommissar den Erblasser und steht an Stelle des Erben.

3. Dem Trebellianum folgte bald das S. C. Pegasianum.[6] Dasselbe dachte energisch auf den Antritt des Erben hinzuwirken, durch welchen die Geltung des Universalfideikommisses als eines Vermächtnisses rechtlich bedingt war. Seine Bestimmungen waren jedoch zum Theil wenig geschickt.

Nach ihm hatte der Erbe das Recht zum Abzuge der falcidischen Quart auch dem Universalfideikommissar gegenüber. In diesem Falle wurde jedoch nicht ex Trebelliano restituirt, sondern in Gemäßheit des früheren Rechtes, so daß der Fiduciar dauernd ausschließlich den Erb-

---

ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset; et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur ut si qui ex hereditate ad heredem pervenisset id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

5) l. 1 § 2 D. h. t. 36, 1: Verba haec sunt: Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam: placet, ut actiones quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset: quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.

6) Gajus II §§ 254 ff.

schaftsgläubigern trotz der Restitution von drei Viertheilen der Erbschaftsaktiven haftbar blieb. Dies läßt sich nur daraus erklären, daß sich die Vorschriften des Trebellianum noch nicht eingelebt hatten und von dem Verfasser des S. C. Pegasianum mit Mißtrauen betrachtet wurden.

Ferner verordnete das Pegasianum für den Fall, daß sich der fiduciarische Erbe des Erbschaftsantrittes weigerte, prätorischen Zwang zum Antritt auf Antrag des Universalfideikommissars, so daß dann aber auf diesen alle Vortheile und Lasten der Erbschaft sofort übergingen.

4. Justinian bestimmte wieder, daß das Universalfideikommiß in allen Fällen ex Trebelliano zu restituiren sei.[7] Wenn also der Fiduciarerbe die Quart — die jetzt s. g. Trebelliana — abzieht, so behält er nur zu $^{1}/_{4}$ die Stelle eines Erben und zu $^{3}/_{4}$ geht sie auf den Universalfideikommissar über.

Zweiter Abschnitt.

Die einseitigen letztwilligen Verfügungen.

Erstes Kapitel.

Begriff und allgemeine Grundsätze.

§ 66. Das Testament und das Kodicill.

I. Die altrömische Zeit kannte nur eine rechtsverbindliche letztwillige Anordnung des Erblassers: das Testament. Seit Augustus traten an die Seite der Testamente die Kodicille.

1. Testamente sind einseitige letztwillige Verfügungen, durch welche sich der Erblasser einen Erben ernennt.[1] [2] In einem ab-

7) § 7 J. h. t. 2, 23.

1) Das Wesen des Testamentes bezeichnet § 34 J. de legatis 2, 20 „Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt", vgl. l. 10 D. de jur. cod. 29, 7. Die echte Definition des Testamentes aber war in Rom eine andere. Noch von den spätklassischen Juristen wird es als „die" letztwillige Verfügung definirt, gleich als gäbe es außer ihm keine, worin man meist — Windscheid Bd. 3 § 538 Anm. 3 — nur eine Ungenauigkeit sieht, während es sich daraus erklärt, daß das Testament in der alten Zeit die einzige und noch in der Kaiserzeit die alleinige echt civile letztwillige Verfügung war. In diesem Sinne sagt noch Modestinus libro 2 pandectarum l. 1 D. qui test. facere possunt 28, 1: Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Darauf spielt auch die schülerhafte Etymologie an: pr. J. de testamentis 2, 10: Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est!

geleiteten Sinne versteht man unter Testament auch die Schrifturkunde über dies Geschäft — die tabulae testamenti.[3]

Das Testament kann außer der Erbeseinsetzung Anordnungen anderer Art enthalten, insbesondere Vermächtnisse, ferner Vormundschaftsernennungen, in Rom Freilassungen.

Begrifflich wesentlich ist aber dem Testamente nur die Erbeseinsetzung. Sie ist seine Grundlage; wird sie nicht verwirklicht, so fällt das ganze Testament.

2. Kodicille sind einseitige letztwillige Verfügungen, welche die Einsetzung eines Erben nicht enthalten.[4]

Auch die Schrifturkunde über derartige Geschäfte nennt man Kodicill. Dies war sogar sprachlich die eigentliche und ursprüngliche Bedeutung des Wortes. Seit man unter Kodicillen auch das bezügliche Geschäft versteht, spricht man aber ungescheut auch von mündlichen Kodicillen.[5]

Die Kodicille setzen eine unabhängig von ihnen eintretende Erbfolge voraus. Sie sind testamentarische, wenn sie sich an ein Testament anlehnen, und Intestatkodicille, wenn sie sich an Intestaterben wenden.

Die testamentarischen Kodicille wiederum sind theils konfirmirte, d. h. solche, die der Erblasser in seinem Testamente nachträglich oder im voraus bestätigt hat, theils nichtkonfirmirte.[6] Konfirmirte Kodicille konnten in Rom auch civilrechtliche Anordnungen, insbesondere Legate aufnehmen, nichtkonfirmirte dagegen nur fideikommissarische Verfügungen.[7] Dies hat keine gemeinrechtliche Bedeutung.[8]

---

2) Köppen, Vertrag unter Abwesenden S. 84 meint, das Testament sei nur das Element eines Rechtsgeschäftes und vollende sich erst mit dem Tode des Testators. Vgl. auch Lehrb. d. Erbrechts S. 422. Dies ist unrichtig. Das Testamentsgeschäft ist unmittelbar mit der Solennisirung vollendet. Es hat auch bereits in diesem Momente eine wichtige Rechtswirkung, denn es rumpirt ein etwa früher verfertigtes Testament mit dem Augenblicke seiner Errichtung, selbst für den Fall, daß es vor dem Tode des Testators hinfällig wird. Vgl. gegen Köppen: Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 736.

3) Dasselbe Testament kann in mehreren Urkunden, die alle gleichermaßen Originale sind, solennisirt werden, l. 24 D. qui test. facere 28, 1, l. 3 § 1 D. de tab. exhib. 43, 5, l. 4 D. de his, quae in testamento del. 28, 4. Enthalten diese verschiedenen, gleichzeitig solennisirten Originale verschiedene Bestimmungen, so sind sie zu kombiniren, l. 1 § 6 und § 7 D. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11. In der altrömischen Zeit hätte man sich auf solche Komplikationen nicht eingelassen.

4) l. 10, l. 20 D. de jur. cod. 29, 7, § 2 J. eod. 2, 25. Es gilt der Satz: „codicillis hereditas neque dari neque adimi potest“. R.G. Bd. 31 S. 175. Ein ausführliches Werk über Kodicille giebt Fein bei Glück Bd. 44 und 45.

5) Schon Justinian l. 3 pr. C. de bon. libert. 6, 4 spricht von „codicillis sine scriptis habitis“. Neuere bezeichnen mündliche Kodicille als „nuncupativi“.

6) l. 8 pr. § 1 D. eod. 29, 7.

7) Gajus, Inst. II § 270a.

Mit der Zulassung testamentarischer Kodicille war der altrömische Gedanke aufgegeben, daß der Erblasser, welcher ein Testament hinterließ, einzig aus diesem beerbt werde.[9] Man suchte ihn jedoch dadurch festzuhalten, daß man die testamentarischen Kodicille als Theile des Testamentes behandelte.[10]

Hieraus schloß man, daß die testamentarischen Kodicille ohne Wirkung seien, wenn das Testament nicht zu Kräften kommt.[11] Ja man stellte die s. g. kodicillarische Fiktion auf, wonach die in dem Kodicille getroffenen Anordnungen so beurtheilt werden, wie wenn sie in dem Testamente selbst enthalten wären.[12] Hiervon machte man auch einzelne Anwendungen. Indessen ließ sich diese höchst unnatürliche Auffassung nicht aufrecht erhalten. Die testamentarischen Kodicille sind vielmehr in der Regel als besondere Zusatzgeschäfte nach der Zeit ihrer Errichtung zu beurtheilen.[13]

Testament und Kodicill sind einseitige Rechtsgeschäfte, nämlich bloß Manifestationen des Willens des Erblassers. Urkundspersonen — Zeugen oder Richter — sind zwar bei der Errichtung regelrecht zuzuziehen, aber auf den Inhalt der Verfügung haben sie nicht einzuwirken. Die Gegenwart des Erben ferner oder anderer Honorirter, ihre etwaige Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Honorirung zur Zeit der Errichtung ist für die Gültigkeit des Testamentes und des Kodicilles einflußlos. Erst nach dem Tode des Erblassers kommt die Erklärung der Honorirten in Betracht.

II. B.G.B. § 1937 hat den Unterschied zwischen Testament und Kodicill beseitigt, jede einseitige Verfügung von Todeswegen heißt hier Testament.

III. Der Erblasser ist, solange er lebt, zum Widerrufe seines

---

8) Dies in Folge der Verschmelzung von Legaten und Fideikommissen im justinianischen und der Umgestaltungen des Vormundschaftsrechtes im gemeinen Rechte. Vgl. oben Bd. 3 § 64 Anm. 12, § 44.

9) Oben Bd. 3 § 57.

10) l. 11 D. testamenta quemadmodum 29, 3: Codicilli pars intelleguntur testamenti.

11) l. 3 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7.

12) l. 2 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7. Julianus libro 37 digestorum: Codicillorum jus singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent. Fein bei Glück Bd. 44 S. 233.

13) Eine richtige Würdigung der kodicillarischen Fiktion findet sich bei Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 733. Vgl. auch Windscheid Bd. 3 § 630 bei Anm. 8. Die s. g. kodicillarische Fiktion wird in den bei Weitem meisten Fällen, wo sie in Frage kommen könnte, von den römischen Juristen nicht angewendet, vgl. unter Anderem l. 4, l. 8 § 4. l. 14 pr. D. h. t. 29, 7. Ja in der l. 2 § 1 D. h. t. 29, 7 hat sie Julian selbst nicht beachtet; siehe ferner l. 17 § 4 D. de testamento militis 29, 1.

Testamentes und seiner Kodicille befugt. Dies Recht verliert er nicht durch die Erklärung, sich desselben begeben zu wollen — die s. g. derogatorische Klausel.[14] [15] Ebensowenig kann er besondere Bedingungen und besondere Formen für etwaige Nachträge oder einen Widerruf rechtsverbindlich festsetzen.[16]

§ 67. Testirrecht und Testirfähigkeit.[1]

Der Erblasser muß das Recht und die Fähigkeit zu testiren — testamenti factio — haben,[2] damit sein Testament, nicht minder sein Kodicill,[3] gültig sei.

1. Testirrecht hatten in Rom nur die römischen Bürger.[4]

Ferner war dies Recht durch zahlreiche Gesetze zur Strafe entzogen.[5] Auch dies war schon gemeinrechtlich antiquirt.[6]

---

14) l. 4 D. de adim. leg. 34, 4. Ulpianus libro 33 ad Sabinum: Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. l. 22 pr. D. de leg. III. Hermogenianus libro 4 juris epitomarum .. nemo eam sibi potest legem dicere. ut a priore ei recedere non liceat. Mühlenbruch Bd. 38 S. 17. Vertragsmäßiger Verzicht auf den Widerruf eines Testamentes oder Kodicilles kann jedoch einen Erbvertrag in sich schließen und ist dann nach heutigem Rechte gültig.

15) In Rom waren Konventionalstrafen ungültig, welche die Testirfreiheit behindern sollten, sei es daß sie eine Erbeseinsetzung erzwingen oder deren Widerruf verhindern sollten, l. 61 D. de V. O. 45, 1, l. 4 C. de inut. stip. 8, 38; gemeinrechtlich sind sie gültig, da man auch Erbverträge zuläßt, R.G. Bd. 19 S. 232.

16) l. 6 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7. Marcianus libro 7 institutionum: Licet in confirmatione codicillorum pater familias adjecerit, ut non alias valere velit quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli licet neque ab eo signati neque manu ejus scripti fuerint: nam ea, quae postea geruntur prioribus derogant. l. 88 pr. D. de leg. II. Immerhin kann der Mangel derartiger beabsichtigter Formen zu der Annahme führen, daß der Erblasser noch nicht mit seinen Entschlüssen fertig und ins Reine gekommen ist und daß das Schriftstück, dem dieselben fehlen, in seinem Sinne einstweilen nur ein Entwurf war. Dann ist es ohne Verbindungskraft, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 52, Bd. 22 n. 55.

1) Tit. Dig. qui testamenta facere possunt 28, 1, Cod. 6, 22.

2) Die Römer bezeichnen das Recht und die Fähigkeit zu testiren als testamentifactio l. 4 D. h. t. 28, 1. In einem weiteren Sinne verstehen sie darunter die Fähigkeit, bei einem Testamente als Testator, Zeuge, Erbe oder sonstiger Honorirter betheiligt zu sein, l. 16 D. h. t. 28, 1; § 6 J. de testamentis ordinandis 2, 10.

3) l. 2, l. 114 pr. D. de leg. I, l. 1 §§ 2—4 D. de leg. III.

4) l. 8 D. h. t. 28, 1.

5) Zur Strafe unfähig waren namentlich: a) verurtheilte Pasquillanten, l. 18 § 1 D. h. t. 28, 1; b) wer einen Incest begangen hatte bezüglich Nichtverwandter, l. 6 C. de incestis 5, 5, vgl. jedoch nov. 12; c) gewisse Ketzer; d) endlich, nach kanonischem Rechte, wer Zinsen — nicht etwa bloß wucherische — nahm und nicht für deren Zurückgabe sorgte, cap. 2 in 6to de usuris 5, 5. Vgl. Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 17 n. 14 „Ueber die Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen".

6) So auch Windscheid Bd. 3 § 539 Ziff. 5.

Endlich hatte in Rom das Testirrecht nur der Gewaltfreie, nur er konnte sein Haus bestellen. Dies ist in das gemeine Recht übergegangen. Daher können Hauskinder nicht über ihre Adventicien testiren, nicht einmal über die irregulären. Die Zustimmung des Vaters kann ihnen das fehlende Recht nicht geben. Bezüglich seiner kastrensischen und quasikastrensischen Pekulien ist aber der Haussohn testirfähig, denn hinsichtlich ihrer steht er einem Hausvater gleich.[7]

Wer an seinem Testirrechte zweifelte, konnte in Rom nicht testiren, auch wenn er es hatte, daher z. B. auch nicht, wer im Ungewissen über den Tod seines Vaters und über die hierdurch erfolgte Endigung der Gewalt desselben war, trotzdem dieselbe nicht mehr bestand.[8] Gemeinrechtliche Anwendung ist nicht nachweisbar.[9]

Der Erblasser muß Testirrecht im Augenblicke der Errichtung des Testamentes und des Todes haben. Das Testament, welches ein Gewaltfreier errichtete, verliert daher seine Geltung, wenn er nachher in eine väterliche Gewalt tritt.[10]

2. Die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, fehlt wegen Mangels des gehörigen Willens:

a) den Unmündigen, also den Personen des männlichen Geschlechtes bis zur Vollendung des 14., und denen des weiblichen bis zum vollendeten 12. Jahre.[11] Mündige — gewaltfreie — Minderjährige können testiren, ohne der Einwilligung ihrer Vormünder zu bedürfen.

Nach B.G.B. § 2229 Abs. 2 kann ein Minderjähriger ein Testament errichten, wenn er das 16. Lebensjahr vollendet hat.

b) Die Willensfähigkeit fehlt ferner den Geisteskranken,[12] ohne Unterschied, ob sie entmündigt sind oder nicht.

Der Richter, welcher eine letztwillige Verfügung aufnimmt, hat sich über den Geisteszustand des Testators zu vergewissern. Doch schließt dies den Gegenbeweis nicht aus, wenn er die Handlungsfähigkeit des Testators unrichtigerweise annahm.

Partielle Geisteskrankheit nimmt die Testirfähigkeit nicht absolut. Letztwillige Bestimmungen also, welche unzweifelhaft nicht mit der Krankheit in Verbindung stehen, sind gültig. In lichten Augenblicken kann auch der sonst Geisteskranke testiren, selbst wenn er entmündigt wäre.[13] Anders nach B.G.B.

---

7) pr. J. h. t. 2, 12, l. 6 pr. D. h. t. 28, 1, l. 12 C. h. t. 6, 22. Nach B.G.B. stehen Hauskinder hinsichtlich des Testirrechts den Gewaltfreien völlig gleich.

8) l. 14, l. 15 D. h. t. 28, 1, l. 1 pr. D. de leg. III.

9) Die neueren Pandektisten betrachteten den Satz als gemeinrechtlich.

10) Vgl. unten § 93.

11) l. 5 D. h. t. 28, 1.

12) l. 16 § 1 D. h. t. 28, 1. Es gilt dies auch von Kranken, die vorübergehend in Folge der Krankheit ihrer Geisteskraft beraubt sind, l. 17 D. h. t. 28, 1; nicht minder von Personen in somnambulem oder hypnotischem Zustande.

13) l. 9 C. h. t. 6, 22.

c) Die entmündigten **Verschwender** sind nicht fähig zu testiren. Sie sind insofern den Geisteskranken gleichgestellt. Ihre vor der Entmündigung errichteten Testamente bleiben in Kraft.[14]

d) Wegen Mangels der Fähigkeit, sich in der gesetzlichen Form zu erklären, ist testirunfähig, wer sich in Folge Krankheit oder Gebrechen **weder schriftlich noch mündlich aussprechen kann.**[15]

Bloße Zeichensprache genügt nicht.

Justinian erklärte die **Taubstummgeborenen** für unfähig.[16] Dabei setzte er voraus, daß sie weder artikulirt sprechen noch schreiben können. Der heutige Taubstummenunterricht giebt ihnen diese Kenntnisse; damit erlangen sie selbstverständlich die Testirfähigkeit. Manche leugneten dies jedoch um des Buchstabens der Verordnung Justinians willen.[17]

Die **Fähigkeit** zur Errichtung des Testamentes muß zur Zeit seiner Vornahme vorhanden sein. Späterer Verlust der Fähigkeit des Erblassers schadet dem Testamente nicht, späterer Erwerb derselben macht das ungültig errichtete Testament nicht gültig. Dies muß selbst gelten, wenn ein Verschwender während bestehender Entmündigung testirte und nachher in Folge Aufhebung seiner Entmündigung testirfähig wurde.[18]

Zweites Kapitel.

Die Formen der letztwilligen Verfügungen.

I. Einleitung.

§ 68. Form und Formlosigkeit.

Soll der letzte Wille an Formen gebunden sein oder formlos gelten? Die Formen, die in Betracht kommen, sind Errichtung bei öffent-

---

14) l. 18 pr. D. h. t. 28, 1. B.G.B. § 2229 Abs. 3 bestimmt: Wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, kann ein Testament nicht errichten. Die Unfähigkeit tritt schon mit der Stellung des Antrages ein, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt. Vgl. auch § 2230, aber auch § 2253 Abs. 2.

15) l. 29 C. de testamentis 6, 23.

16) l. 10 C. h. t. 6, 22. Das ältere römische Recht hatte Tauben und Stummen schlechthin die Testirfähigkeit versagt, weil sie die Formen nicht gehörig vollziehen konnten. Ulpian. fragm. XX § 13, vgl. l. 7, l. 16 pr. D. h. t. 28, 1.

17) Die hier vertretene Ansicht theilt Windscheid Bd. 3 § 539 Anm. 7, dagegen ist Arndts § 484 Anm. 4. — Einen Fall des Testamentes eines Taubstummen durch Zeichen behandelt Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. 3 n. 22. Ueber das Testament des Stummen oder sonst am Sprechen Verhinderten nach B.G.B. siehe § 2243.

18) Vgl. aber auch B.G.B. § 2230 Abs. 2.

lichen Instanzen, insbesondere vor dem Volke oder dem Regenten oder dem Gerichte — öffentliche Testamente —; ferner Errichtung vor Zeugen, endlich schriftliche Beurkundung, insbesondere eigenhändige Niederschrift oder wenigstens Unterschrift — private Testamente.

Die Form ist bei letztwilligen Verfügungen von besonderem Werthe. Denn es ist bei diesem bedeutungsvollen Akte Gewicht darauf zu legen, daß der Wille ein gesammelter und ernster sei und daß der Zweifel möglichst abgeschnitten werde, ob es sich um einen bloßen Entwurf und um ein vorläufiges Projekt des Erblassers, oder um einen bestimmten Entschluß handelte. Und da der Erblasser von der Welt abgeschieden ist, wenn sein letzter Wille seine entscheidenden Wirkungen üben soll, so ist es empfehlenswerth, durch bestimmte Formvorschriften dessen Authenticität und Unverfälschtheit zu sichern.

Aber die Vortheile der Form sind durch erhebliche Opfer zu erkaufen. Denn jede Formvorschrift bringt die Gefahr mit sich, daß ein ernster letzter Wille nicht zur Verwirklichung kommen kann, weil der Erblasser nicht mehr im Stande war, die Form zu wahren. Vor Allem wird oft schwer empfunden werden, daß Anordnungen, welche der Erblasser in der That schließlich nicht mehr wollte und verwarf, doch Kraft behalten, weil die Formen, welche zum Widerruf nöthig sind, nicht mehr gewahrt werden konnten.

Das Problem der Form oder der Formlosigkeit des letzten Willens hat die Römer lebhaft bewegt. Es finden sich drei Phasen, in denen entgegengesetzte Tendenzen vorwalten.

a) Der altrömischen und der republikanischen Zeit war es wie Naturgesetz, daß das Testament, die einzige Weise letztwilliger rechtlich bindender Verfügung, die man damals kannte, an schwerwiegende Formen geknüpft war.

b) Seit Augustus tritt eine entgegengesetzte Tendenz hervor. Es nahm die Formlosigkeit der letztwilligen Verfügungen in der klassischen Kaiserzeit einen weiten Raum ein, ohne doch ganz obzusiegen.

Formlos waren in jener Zeit die Fideikommisse, beziehungsweise die Kodicille,[1] formlos vollzog sich der Widerruf der Fideikommisse und der Vermächtnisse überhaupt.[2] Der nackte Wille ferner genügte bei den Testamenten der Soldaten.[3]

Dazu kam, daß sich die alten Formen, auch soweit sie bestehen blieben, abschwächten.

1) Oben § 64.
2) Unten § 106.
3) Vgl. unten § 73.

Konnte doch ein Testament in der Art errichtet werden, daß sein eigentlicher Kern, die Erbeseinsetzung, einer künftig zu errichtenden formlosen Urkunde überwiesen wurde — s. g. mystisches Testament.[4]

c) In der christlichen Kaiserzeit trat eine entschiedene Reaktion gegen die Formlosigkeit ein. Die Testamentsformen wurden reorganisirt, die Kodicille an eine bestimmte Form, nämlich die Errichtung vor 5 Zeugen gebunden, die formlosen Soldatentestamente endlich auf die Zeit der Mobilmachung beschränkt.[5]

§ 69. Zur Geschichte der Testamentsformen.[1]

1. Am Anfange der römischen Geschichte steht das Volkstestament.[2] Zweimal im Jahre versammelte sich das römische Volk „calatis comitiis" zum Zwecke der Errichtung von Testamenten unter der Leitung der Pontifices.

Nicht um ein Volksgesetz handelte es sich dabei, wie Manche behaupten. Der römische Bürger verkündete vielmehr vor dem Volke, welches ihm Zeugniß leistete, autonom sein Hausgesetz, mündlich und öffentlich.[3]

---

4) Unten § 77 Anm. 12.

5) Unten § 73 Anm. 12.

1) Ueber die Geschichte der römischen Testamente schrieben namentlich Trekell, de origine atque progressu testamenti factionis praesertim apud Romanos 1739, und J. H. Dernburg — der Aeltere —, zur Geschichte der römischen Testamente 1821, vgl. ferner Hölder, Beiträge 1881 S. 20 ff., Franc. Greiff, de l'origine du testament romain Par. 1888.

2) Gajus, Inst. II § 101. Ulpian. fragm. XX § 2. Gellius, noctes atticae XV cap. 27.

3) Es ist alte Streitfrage, ob das Volk calatis comitiis bloß zum Zwecke des Zeugnisses erschien, oder ob seine Zustimmung erforderlich war, wonach denn jedes Testament im Grunde nichts als ein specielles Volksgesetz gewesen wäre. Für das erstere hat sich namentlich Dernburg a. a. O. § 10 erklärt, dem neuerdings Hölder a. a. O. S. 25, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 851, Greiff a. a. O. S. 53 beitraten. Die Auffassung als ursprüngliches Specialgesetz vertheidigen dagegen Jhering, Geist des römischen Rechts 4. Aufl. Bd. 1 S. 49, Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 3 S. 319 und Cuq, institutions juridiques S. 294. Aber der Gang der Entwickelung war, daß die ursprüngliche private Autonomie des paterfamilias im Laufe der Zeit eingeengt wurde. Hier soll das Entgegengesetzte Platz gegriffen haben. Das ist wenig wahrscheinlich. Ferner, soweit historische Kunde bringt, war das Testament stets ein autonomer Akt, kein Volksgesetz. So fassen es die 12 Tafeln „uti legassit ita jus esto". Daß es ein Zeugenakt war, beweist sein Name „testamentum". Mommsen giebt auch a. a. O. zu, daß die Formel der Zeugenaufrufung „ita do, ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote", da die Anrede besser für eine Volksversammlung als für die wenigen Mancipationszeugen passe, gewiß von dem Komitialtestament auf das Mancipationstestament übergegangen sei. Dennoch soll der Akt „außer der Zeugnißleistung" ursprünglich „ein das bestehende Recht für den einzelnen Fall abändernder Volksschluß" gewesen sein. Positive Zeugnisse weiß Mommsen hierfür nicht anzuführen. Aber er beruft sich

Eine Nebenart war das testamentum in procinctu, bei welchem der Soldat in der Rüstung, ehe sich das Heer zur Schlacht in Bewegung setzte, vor demselben — dem Volke in Waffen — seinen letzten Willen testirte.

2. Das Volkstestament wurde durch das private Mancipationstestament allmählich verdrängt.

Nicht Jedem war es möglich und nicht Jedem gelegen, vor dem Volke zur Testamentserrichtung zu erscheinen. Deshalb schufen die Juristen das Mancipationstestament — eine künstliche Verwerthung, um nicht zu sagen Verdrehung der Mancipation.

Man veräußerte nämlich mittels mancipatio vor dem libripens und 5 Zeugen sein Vermögen an den familiae emptor. Aber eine damit verbundene Erklärung, die nuncupatio testamenti, wies denselben in die Stellung eines Erben und legte ihm die Beobachtung des letzten Willens des Erblassers auf.

Diese Form erlitt im Laufe der Zeit eine doppelte tiefgreifende Veränderung. Man ernannte nämlich Andere zu Erben und entzog dem familiae emptor das Erbrecht, so daß er im Grunde nichts mehr war als ein Zeuge, wenn auch der Form nach das Testamentsgeschäft mit ihm vor sich ging. Noch wichtiger aber war, daß es üblich wurde, die Testamente schriftlich aufzusetzen, so daß man sie nur bei der Mancipation durch eine generelle Nunkupationsformel bekräftigte.[4]

---

darauf, daß die testamentarischen Dispositionen nach dem Muster der gesetzlichen gefaßt waren und wirkten. Das beweist die Hypothese von Mommsen nicht im mindesten. Das Testament war das Hausgesetz, welches der römische Bürger bezüglich seines Hauses autonom gab. Um deswillen hatte es in seinen Formeln und in seinen Wirkungen Analogien mit dem Volksgesetze. Bei Gellius, noctes atticae XV, 27 erklärt Labeo „calatis comitiis“ als „in populi contione“. Mommsen fand früher a. a. O. Bd. 2 S. 38 Anm. 1 in der Anwendung des Wortes „contio“ die Negation der Beschlußfassung. Derzeit nimmt er a. a. O. Bd. 3 S. 320 u. S. 389 diese Ansicht zurück, weil, wie er nunmehr ausführt, immer und nothwendig eine contio die eigentlichen comitia einleitete. Das hat er auch bewiesen, aber damit hat er nicht erklärt, warum Labeo bei den calata comitia bloß von der contio spricht. Wie dem sei, Labeos Zeugniß beweist keinenfalls für Mommsen, vielmehr bestenfalls nur nicht gegen ihn. Wohl aber ergiebt das testamentum in procinctu, bei welchem doch gewiß nicht abgestimmt wurde, daß das alte Komitialtestament die Eigenschaft eines Volksgesetzes nicht hatte. Anders bei den Griechen.. Vgl. Schulin, das griechische Testament verglichen mit dem römischen 1882.

4) Gajus, Inst. II §§ 104 ff. Eaque res ita agitur: qui facit testamentum adhibitis sicut in ceteris mancipationibus V testibus civibus Romanis puberibus et libripende postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam: in qua re his verbis familiae emptor utitur: „Familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere — et, ut quidam adiciunt — aeneaque libra esto mihi empta“. deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: „Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego, ita

Der Schwerpunkt solcher Testamente lag in der Testamentsurkunde und ihrer Bekräftigung durch den Testator. Im Uebrigen war das Mancipationstestament zu einer Förmlichkeit herabgesunken, die sich in Folge der Tradition erhielt, aber innerlich hohl, ihrer Bedeutung entleert war.

3. Dies führte zum s. g. prätorischen Testamente.

Dem Prätor lag es fern, direkt eine neue Testamentsform in das Leben zu rufen. Was hätte ihn hierzu veranlaßt und ermächtigt? Er versprach aber die bonorum possessio — ursprünglich nichts als Erbschaftsbesitz — secundum tabulas testamenti, wenn eine von mindestens 7 Zeugen besiegelte Testamentsurkunde vorgelegt wurde, in welcher der Bittsteller zum Erben eingesetzt war,[5] da dieser dann prima facie als richtiger Testamentserbe galt. Denn aller Regel nach hatte der Erblasser, welcher eine solche Urkunde solennisiren ließ, auch die civilen Formen gewahrt. Das war nur nicht immer im Augenblicke festzustellen und wurde als selbstverständlich vorausgesetzt.

Trat freilich der civile Intestaterbe mit der hereditatis petitio gegen den bonorum possessor auf und konnte dieser im Erbschaftsstreite die Beobachtung der civilen Förmlichkeiten nicht darthun, oder wies ihm der Civilerbe einen Fehler in ihrer Vornahme nach, so mußte der Beklagte die Erbschaft herausgeben — seine bonorum possessio war sine re.

Dies änderte sich seit Antoninus Pius. Der bonorum possessor wurde seitdem gegen den Civilerben geschützt, wenn auch die Förmlichkeiten der mancipatio und nuncupatio testamenti nicht oder nicht richtig ausgeführt waren.[6]

Jetzt erst war endgültig das prätorische Testament geschaffen.

4. Theodosius II. reorganisirte im Jahre 439 das s. g. ordentliche Privattestament vor 7 Zeugen, indem er civiles und prätorisches Testament verschmolz.[7]

---

testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote" et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. Manche freilich meinen, der familiae emptor sei niemals wirklicher Erbe, sondern immer nur eine Art von Testamentsvollstrecker gewesen, so Cuq a. a. O. S. 297, Greiff a. a. O. S. 132.

5) Ursprünglich forderte der Prätor, daß „tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur". Cicero in Verrem II cap. 45 § 117. Später verlangte er nicht, daß ihm das Testament vorgelegt werde, es genügte ihm, daß „tabulae non minus quam septem testium signis signatae extabunt", eine erhebliche Erleichterung; vgl. Lenel, edictum S. 278.

6) Gajus II § 119 und § 120 . . . rescripto imperatoris Antonini significatur eos qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem defendere se per exceptionem doli mali.

Daneben kamen wieder öffentliche Testamente in Uebung, welche dem Kaiser übergeben oder vor Gericht — apud acta — errichtet wurden.

Für besondere Fälle wurden außerordentliche Formen zuläſſig. Merkwürdig ist, daß Valentinian III. im Jahre 466 eigenhändig geschriebene — holographische — Testamente auch ohne Zeugen für gültig erklärte.[8] Das fand aber im justinianischen Rechte keine Aufnahme.

II. Die ordentlichen Testamentsformen des justinianischen Rechtes.

§ 70. 1. Das ordentliche Privattestament.[1]

I. Das ordentliche Privattestament des justinianischen Rechtes geschieht vor 7 Testamentszeugen. Es wurde recipirt und in der Notariatsordnung von Maximilian I. zum Gebrauch erläutert und deklarirt. Erforderlich ist:

1. die Gegenwart von 7 Zeugen, die männlich, mündig, auch nicht zur Solennisirung des Testaments unfähig sind.[2] Allgemein unfähig sind:

a) Wahnsinnige und andere des Vernunftgebrauches Beraubte;[3]

b) Taube und Stumme;[4]

Blinde sind durch kein Gesetz für unfähig erklärt, doch wird sie der Testator nicht leicht zuziehen;[5]

c) entmündigte Verschwender;[6]

---

7) Novella Theodosii II tit. XVI c. 2.

8) Novella Valentiniani III tit. XX c. 2.

1) Tit. Inst. de testamentis ordinandis 2, 10, Dig. qui testamenta facere possunt 28, 1. Cod. de testamentis 6, 23. Notariatsordnung von 1512 Tit. II. Von Testamenten.

2) In den Quellen wird der Satz ausgesprochen — § 6 J. h. t. 2, 10 — Testes adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Damit ist aber nicht gemeint, daß stets und nur Testamentszeuge sein kann, wer ein Testament errichten kann. Weiber können testiren, aber nicht Testamentszeugen sein, Hauskinder Zeugen sein, aber nicht testiren. — In Rom waren auch Peregrinen und Sklaven zeugnißunfähig, ferner zur Strafe die intestabiles, l. 18 § 1 D. h. t. 28, 1.

3) l. 20 § 4 D. h. t. 28, 1 „si habet intermissionem eo tempore adhiberi potest“, also auch entmündigte Geisteskranke in lichten Augenblicken.

4) § 6 J. h. t. 2, 10. Die Unfähigkeit der Stummen beruht auf historischen Reminiscenzen, Schwerhörigkeit schadet nicht.

5) Ueber die Fähigkeit der Blinden wird gestritten. Viele erachten sie bei schriftlichen Testamenten für unfähig, weil sie außer Stande seien, ihr Siegel und ihre Unterschrift zu rekognosciren. So Vangerow Bd. 2 § 444, Windscheid Bd. 3 § 542 Anm. 6, Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 4 S. 58, Köppen, Lehrbuch S. 437. Andere betrachten sie auch bei mündlichen Testamenten als unfähig. Der Fall wird kaum je praktisch werden. Unseres Erachtens ist es aber nicht Aufgabe der Jurisprudenz, Nichtigkeiten zu schaffen, wenn sie die Gesetze nicht kennen.

d) wer durch Strafurtheil die bürgerlichen Ehrenrechte verlor, bei schriftlichen Testamenten.[7]

e) Ferner sind im Besonderen unfähig die Gewaltuntergebener des Testators,[8] sowie der eingesetzte Erbe und alle mit diesem durch eine Gewalt verbundenen Personen.[9 10]

2. Nothwendig ist eine besondere Aufforderung des Testators an die Zeugen, dem Testirakte beizuwohnen.[11 12]

3. Darauf muß der Akt ununterbrochen in Gegenwart der

---

6) l. 18 pr. D. h. t. 28, 1.

7) Reichsstrafgesetzbuch § 34 n. 5. Mandry, der civilrechtl. Inh. der R.G. S. 90. Ueber die zum Theil streitigen römischen Bestimmungen vgl. Vangerow Bd. 2 § 444 I Ziff. 4. Sie sind unanwendbar geworden, Windscheid Bd. 3 § 542 Anm. 15.

8) § 9 J. h. t. 2, 10. Vgl. noch l. 20 § 2 D. h. t. 28, 1. Ulpianus libro 1 ad Sabinum.. quaeri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit et Marcellus libro decimo digestorum scribit posse: et frater ergo poterit. Die entgegengesetzte Ansicht vertrat Gajus, Inst. II § 106. Sie ging in § 9 J. h. t. 2, 10 über. Sie ist aber offenbar ein Ausdruck früherer, später überwundener Anschauungen.

9) § 10 J. h. t. 2, 10. Bei dem testamentum per aes et libram konnten der familiae emptor und die mit ihm durch eine Gewalt Verbundenen nicht Zeugen sein, weil das Testamentsgeschäft der Form nach mit ihm geschlossen wurde, Gajus II § 105. Der Erbe und die mit ihm durch Gewalt Verbundenen konnten dagegen Zeugen sein, Gajus II § 108. Justinian änderte dies; l. 20 pr. D. h. t. 28, 1 ist wahrscheinlich interpolirt. Legatare und Fideikommissare dagegen können Zeugen sein, § 11 J. h. t. Dies gilt richtiger Ansicht nach selbst für Universalfideikommissare, doch ist dies bestritten und nicht unzweifelhaft.

10) Wenn ein Sklave „qui omnium consensu liberorum loco fuit“ als Zeuge zugezogen war, so soll nach einem Reskripte Hadrians das Testament Geltung haben, l. 1 C. h. t. 6, 23, § 7 J. h. t. 2. 10. Hiervon ist eine analoge Anwendung auf andere Fälle wohl zu machen. Anderer Ansicht sind jedoch Viele, unter Anderen Windscheid Bd. 3 § 542 Anm. 16.

11) Vgl. über die Rogation der Zeugen l. 21 § 2 D. h. t. 28, 1. Ulpianus libro 2 ad Sabinum: In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet, quod sic accipiendum est, ut licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere, l. 21 pr. C. h. t. 6, 23. Vgl. übrigens Fein bei Glück Bd. 44 S. 426.

12) Vielbesprochen ist l. 27 D. h. t. 28, 1. Celsus libro 15 digestorum: Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit. Juventius Celsus Labeoni suo salutem. Non intellego quid sit, de quo me consulueris aut valide stulta est consultatio tua: plus enim quam ridiculum est dubitare an aliquis jure testis adhibitus sit quoniam idem et tabulas testamenti scripserit. Nach dieser Stelle nennen die Juristen nicht selten eine alberne Frage „quaestio Domitiana“ und eine grobe Antwort „responsum Celsinum“. Vgl. über die Stelle Hofmann, kritische Studien 1885 S. 42. Domitius sprach sich in der That unpräcis aus. Sein Bedenken beruhte wohl darin, daß der Betreffende im gegebenen Falle nur zum Schreiben und nicht zur Zeugnißablegung rogirt war, Celsus indessen versteht ihn so, als fragte er: ob der Schreiber der Testamentsurkunde als solcher unfähig sei, als Zeuge bei deren Solennisirung mitzuwirken, wofür es an einem Bedenken fehlte.

Zeugen vollzogen werden. Kleinere Unterbrechungen wegen leiblicher Bedürfnisse des Testators oder der Zeugen schaden nicht. Wird aber die Vollendung vertagt, so kann das Testamentsgeschäft nicht wieder da aufgenommen werden, wo es stille stand, muß vielmehr von vorn beginnen. Es ist also Einheit der Handlung — unitas actus — nach Ort und Zeit vonnöthen.[13]

Der Testirakt kann entweder mündlich oder schriftlich sein.

a) Zum mündlichen Testamente — t. nuncupativum — ist nur erfordert, daß der Erblasser seinen letzten Willen vollständig und den Zeugen hörbar und verständlich erklärt.[14]

Das Testament bleibt ein mündliches, auch wenn unmittelbar nach dem Testirakt und unter Mitwirkung der Zeugen des Beweises halber eine schriftliche Aufzeichnung vorgenommen wird, s. g. testamentum nuncupativum in scripturam redactum.

b) Das schriftliche Testament verlangt besondere Formen zur Sicherung der Identität, Echtheit und Unverfälschtheit der Testamentsurkunde. Diese muß mit Buchstaben geschrieben sein; Zeichenschrift, z. B. stenographische, genügt nicht.[15]

Die Urkunde kann vorher geschrieben sein, sei es vom Testator, sei es von Dritten.[16] Der Testator muß sie aber den Zeugen vorlegen, als seinen letzten Willen anerkennen und eigenhändig unterschreiben.[17] Diese Unterschrift ist nicht erforderlich, wenn der Testator

13) l. 21 § 3 D. h. t. 28, 1. Ulpianus libro 2 ad Sabinum: Uno contextu actus testari oportet, est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere, § 3 J. h. t. 2, 10, l. 28 C. h. t. 6, 23. Einheit der Zeit wie des Ortes ist ein altüberliefertes Stück des römischen Formalrechtes. Sie hat auch praktischen Nutzen, und zwar in doppelter Beziehung. Die Einheit der Errichtungszeit verbürgt die innere Einheit und Uebersichtlichkeit der Bestimmungen mehr, als wenn das Testament zu verschiedenen Zeiten vorgenommen wurde. Ferner erleichtert sie den Zeugen die Erinnerung und behindert falsche Aussagen durch sie. Denn diese sind schwer zu kontroliren, wenn es sich um zu verschiedenen Zeiten vorgenommene stückweise Erklärungen des Testators handelt.

14) l. 21 § 4, l. 26 C. h. t. 6, 23. Der Testator braucht nicht besonders zu erklären, daß er ein mündliches Testament zu machen beabsichtigte. Ist aber ein Testament als mündliches aufrecht zu erhalten, welches der Testator schriftlich abfassen wollte, wenn es zwar zur Vollziehung der Schrifturkunde nicht kam, wenn aber dessen Inhalt den Zeugen vollständig etwa durch Verlesung des Entwurfes mitgetheilt ist? Das Testament ist dann nicht fertig geworden. Es war nur ein Projekt mitgetheilt. Vgl. über die Frage die bei Windscheid Bd. 3 § 541 Anm. 3 Citirten, R.G. Bd. 26 S. 202. — Die Verneinung ist dann unzweifelhaft, wenn der Testator den Testamentsakt freiwillig abbrach und das Testament nicht wieder aufnahm, obgleich er hierzu im Stande gewesen wäre. Darüber, daß die Zeugen die Dispositionen des Testators verstanden haben müssen, vgl. Seuff. A. Bd. 51 n. 269 (R.G.).

15) l. 6 § 2 D. de bonorum possessionibus 37, 1.

16) Vom Testator selbst geschriebene Testamente heißen holographa, von Anderen — dem testamentarius — geschriebene allographa.

17) Die Unterschrift der Zeugen und auch des Testators wurde erst seit der

das Testament eigenhändig schrieb und in ihm dies ausdrücklich bezeugt hat — beim holographischen Testamente.[18]

Kann der Testator wegen Schreibensunkunde oder anderer Verhinderung nicht schreiben, so ist ein Unterschriftszeuge zuzuziehen, welcher in seinem Namen die Unterschrift leistet — der octavus subscriptor.[19]

Auch die Zeugen haben zu unterschreiben — subscribere —, und zwar unter Beifügung eines Siegels.

In Rom hatten sie das Testament, welches verschlossen und verschnürt wurde, von außen zu versiegeln, wobei sie zum Siegel ihren Namen fügten — superscribere —, damit man sie vor der Testamentseröffnung zur Rekognition der Siegel laden konnte.[20] Dem modernen Gebrauche ist aber die Versiegelung fremd. Das Siegeln wird zwar erfordert, jedoch nur zur Beglaubigung der eigenhändigen Unterschrift der Zeugen.

II. Nach B.G.B. § 2231 Ziff. 2 kann ein Testament durch eine vom Erblasser unter Angabe des Ortes und des Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichtet werden.[21]

§ 71. 2. Die öffentlichen Testamente.

I. Die beiden Formen öffentlicher Testamente, welche in der christlichen Kaiserzeit anerkannt wurden, das t. principi oblatum und das gerichtliche,[1] hatten in Deutschland sehr verschiedene Schicksale.

---

christlichen Kaiserzeit gefordert, § 3 J. h. t. 2, 10. Das Genauere siehe bei Bruns, kleinere Schriften Bd. 2 S. 77 ff.

18) l. 28 § 6 C. h. t. 6, 23.

19) l. 21 pr. und § 1 C. h. t. 6, 23. Ob der octavus subscriptor die Eigenschaft eines Testamentszeugen haben muß, ist bestritten. Da es die Gesetze nicht ausdrücklich verlangen, ist es nicht anzunehmen. Der octavus subscriptor kann mit seinem eigenen Namen unter Beifügung seiner Eigenschaft unterschreiben. Es ist nicht minder gültig, wenn er unter Hervorhebung, daß dies im Auftrage des Erblassers geschehe, den Namen des Erblassers unterschreibt. Das Natürliche ist, daß er, wie der Testator zu thun pflegt, vor den Zeugen unterschreibt. Aber eine Nichtigkeit ist es nicht, wenn er seine Unterschrift erst nach denjenigen der Zeugen setzt. R.G. Bd. 12 S. 163.

20) In den zu Ravenna aufgefundenen Testamentsurkunden aus dem 6. Jahrhundert, Bruns, fontes (6. Aufl.) S. 281, tritt der Unterschied von superscriptio und subscriptio klar hervor. Nach den Eröffnungsprotokollen der dortigen Testamente erklärten namentlich die Zeugen „agnosco signaculum anuli mei et superscriptionem meam sed et intrinsecus subscripsi". Vgl. Bruns in seinen kleinen Schriften Bd. 2 S. 89.

21) Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann ein solches Testament nicht errichten, § 2247.

1) l. 19 C. de testamentis 6, 23, nov. Valentiniani III c. 1 §§ 1 und 2.

Dem Regenten übergebene Testamente sind sehr wenig in Gebrauch gekommen.

Dagegen haben die gerichtlichen Testamente, welche in den Quellen nur mit einem Worte erwähnt werden, die größte Verbreitung gefunden. Sie sind in Deutschland weit häufiger geworden als die Privattestamente vor 7 Zeugen.

Es wurden zwei Arten derselben ausgebildet. Bei der einen erfolgt eine specielle mündliche Erklärung des letzten Willens durch den Erblasser, welche durch gerichtliches Protokoll festgehalten und solennisirt wird. Bei der anderen übergiebt der Erblasser seinen letzten Willen — offen oder verschlossen — bei Gericht als sein Testament und es wird die Uebergabehandlung durch gerichtliches Protokoll beglaubigt und solennisirt.[2]

Persönliche Erklärung des Testators bei Gericht ist in beiden Fällen nöthig. Denn Stellvertretung ist bei der Testamentserrichtung allgemein ausgeschlossen.[3] [4] Das Gericht begiebt sich jedoch auf Antrag zum Erblasser behufs der Solennisirung seines Testaments.

Nicht bloß der Richter des Domicils des Erblassers, sondern jeder mit der Solennisirung von Testamenten betraute Richter ist zuständig. Natürlich muß er innerhalb seines Gerichtssprengels, also amtlich, thätig geworden sein.

Meist bleibt das Testament im Depositum des Gerichtes. Auch dies ist aber nicht für seine Rechtsbeständigkeit wesentlich.[5]

II. Nach kanonischem Rechte kann ein Testament auch vor dem Pfarrer und zwei Zeugen aufgenommen werden.[6] Diese Form war dereinst in Deutschland bei Weitem die verbreitetste und galt gemeinrechtlich. Sie ist aber außer Gebrauch gekommen. Nur in einzelnen Theilen Deutschlands hatte sie sich erhalten.[7]

---

2) Die Essentialien eines gerichtlichen Protokolls müssen vorhanden sein. Daß dasselbe datirt sei, ist eine Ordnungsvorschrift, aber nicht der Art wesentlich, daß die Versäumniß des Datums Nichtigkeit des Testaments nach sich zöge, R.G. Bd. 9 S. 201. Das Protokoll bedarf der Vorlesung und der Genehmigung seitens des Testators, vgl. freilich Seuffert, Archiv Bd. 9 n. 308. Die Unterschrift des Testators ist nicht nöthig. Bolze, Praxis des R.G. Bd. 2 S. 317, Seuffert, Archiv Bd. 16 n. 231, Seuff. A. Bd. 50 n. 181.

3) Seuffert, Archiv Bd. 2 n. 200, Bd. 11 n. 263; Windscheid Bd. 3 § 545 Anm. 5; B.G.B. § 2064.

4) Ueber die unitas actus beim gerichtlichen Testament: E. Franck im hessischen Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 6 n. 17 S. 374. Sie ist nicht nothwendig. Das Protokoll kann abgebrochen und später einfach fortgesetzt werden.

5) Vgl. aber auch B.G.B. § 2256.

6) cap. 10 X. de testamentis 3, 26.

III. Nach B.G.B. § 2231 Ziff. 1 kann ein Testament vor einem Richter oder vor einem Notar errichtet werden.[8]

III. Besondere Arten der Testamente.

§ 72. Außerordentliche Formen.

Die römischen Formen der Privattestamente waren in einem Falle erschwert, in vielen erleichtert.

1. Das Testament des Blinden ist erschwert. Sein Inhalt muß den Zeugen mündlich und speciell eröffnet und zudem schriftlich beurkundet werden. Außer den 7 Zeugen ist ein Notar, oder wenn ein solcher am Orte nicht auffindbar ist, ein achter Zeuge zuzuziehen. Die Testamentsurkunde ist von sämmtlichen Urkundspersonen zu unterschreiben und zu untersiegeln.[1 2]

2. Beim Testament zur Zeit einer Pest, d. h. einer ansteckenden lebensgefährlichen Epidemie, ist den Zeugen erlassen, sich in unmittelbarer Nähe des Testators aufzuhalten.[3]

3. Zum Testamente auf dem Lande[4] — ruri conditum — genügen 5 Zeugen. Die geringere Zahl ist freilich vom Gesetze nur für den Fall zugelassen, daß nicht mehr „gefunden wurden"; das ergiebt sich

---

7) Roth, das Testament vor dem Pfarrer und zwei Zeugen in Hausers Zeitschrift 1874 Bd. 1 S. 208. Gegen diese Testamente reagirte seit dem 16. Jahrhundert die weltliche Gesetzgebung, vgl. Kahl, die deutschen Amortisationsgesetze 1880 S. 46. B.G.B. kennt diese Testamentsform nicht.

8) B.G.B. §§ 2233—2246.

1) l. 8 C. qui facere testamenta possunt 6, 22. Not.Ordn. II § 9. Glück Bd. 34 S. 26 und dort Citirte.

2) Dieselben Formen gelten für Kodicille der Blinden. Der Blinde kann auch unter seinen Descendenten in keiner anderen Form testiren. Bei gerichtlichen Testamenten und Kodicillen der Blinden fallen aber die besonderen Vorschriften weg trotz § 4 J. quibus non est permissum 2, 12, Glück a. a. O. S. 37. B.G.B. hat über das Blindentestament keine besonderen Vorschriften.

3) l. 8 C. h. t. 6, 23. Diocletianus et Maximianus: Casus majoris, ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de jure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppresso eo tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata. Die Vulgathandschriften lesen „oppressos". Danach wären die Zeugen pestkrank oder, wie man auch gemeint hat, durch die Furcht vor der Krankheit niedergedrückt. Der Veronenser Kodex liest „oppresso". Das stimmt mit den Basiliken und giebt allein einen vernünftigen Sinn. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 445. Die entsprechenden Bestimmungen des B.G.B. siehe § 2250.

4) l. 31 C. de testamentis 6, 23. Not.Ordn. II § 2. Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 245. Marezoll im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 15. Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 2. Die entsprechenden Bestimmungen des B.G.B. siehe § 2249.

aber daraus, daß eben nicht mehr mitwirken, und ist nicht besonders zu beweisen.[5] Beim schriftlichen Testamente auf dem Lande können ferner die schreibkundigen Zeugen für die nicht schreibkundigen unterschreiben. Dies setzt aber voraus, daß den Zeugen der Inhalt des Testaments kundgethan ist.

4. Für das Ascendententestament — testamentum parentum inter liberos — genügt eigenhändige Niederschrift der Namen der zu Erben ernannten Descendenten, ferner ihrer Erbtheile mit Buchstaben und endlich des Datums.[6] Die Unterschrift des Testators wird in den römischen Gesetzen nicht gefordert, gehört aber nach jetzigem Rechte zur Vollendung der Privaturkunde, also auch des Ascendententestamentes. Ohne Unterschrift gilt das Schriftstück als bloßes Projekt.[7]

Zu mündlichen Ascendententestamenten bedarf es bloß 2 Zeugen.[8]

Vermächtnisse zu Gunsten Dritter in Ascendententestamenten verlangen Zuziehung von 5 Zeugen.[9][10]

Die bloße Theilung des Nachlasses durch Ascendenten unter Descendenten ohne Aenderung der Erbportionen — divisio inter liberos — erfordert nur einen von dem Ascendenten oder den Descendenten unterschriebenen Aufsatz.[11]

5. Gewöhnliche Behauptung ist, daß nach kanonischem Rechte Testamente zu Gunsten der Kirche und frommer Zwecke — ad pias causas — formlos errichtet werden könnten. Sie beruht aber auf Mißverständniß.[12]

---

5) Vgl. jedoch Windscheid Bd. 3 § 544 Anm. 8.

6) l. 21 § 3 Cod. de testamentis 6, 23, nov. 107 cap. 1; Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 151 und dort Citirte. Nach B.G.B. bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften.

7) Anders Mühlenbruch a. a. O. S. 184, Windscheid Bd. 3 § 544 Anm. 11.

8) Not.Ordn. § 2. Es ist das bestritten, doch herrschende Ansicht.

9) Es bedarf der allgemeinen Regel nach, von der eine Ausnahme nicht gemacht ist, für Vermächtnisse an Dritte der Kodicillarzeugen. Ganz ähnlich sagt l. 22 C. de fideicommissis 6, 42 „adhibitis testibus“, und Niemand zweifelt, daß dies die 5 Kodicillarzeugen sein sollen. Beim Ascendententestament aber ist dies sehr bestritten, a. Ans. z. B. Windscheid Bd. 3 § 544 Anm. 13. Erbeseinsetzungen zu Gunsten Dritter sind nichtig, l. 21 § 3a C. de test. 6, 23. Daß ältere Testamente durch Ascendententestamente nicht beseitigt würden, wird u. A. von Arndts § 489 Note 8 behauptet, ist aber nicht anzunehmen, vgl. die Herausgeber der 13. Aufl. hierzu.

10) Aufgehoben wird ein testamentum inter liberos nur durch ein solennes Testament, aber auch, was man meist übersieht, durch Vernichtung der Urkunde seitens des Testators, nov. 107 cap. 2.

11) nov. 18 cap. 7, nov. 107 cap. 3. Seuff. Arch. Bd. 47 n. 206, R.G. Bd. 35 n. 30.

12) Vgl. über die bezügliche Dekretale Schulte in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 8 n. 6. Die Dekretale hat einen ganz anderen Bezug, als die herrschende Meinung

§ 73. Das Militärtestament.[1]

I. Das römische Militärtestament wurde nach dem Vorgange einer temporären Verordnung von Julius Cäsar durch Mandate der römischen Kaiser seit Titus geschaffen.[2] Für die Soldaten sollte hiernach an die Stelle der streng formellen und kunstgerechten civilen Testamentstheorie Natur und Einfachheit treten, so daß der nackte Wille des Testators vollste Geltung erhielt.[3]

Daher war der Soldat entbunden von den civilen Vorschriften über die Form der Testamente. Jede Art der Erklärung genügte, wenn nur der ernste Wille des Testators feststand.[4]

Das Soldatentestament war ferner von materiellrechtlichen Beschränkungen der Testamente frei.[5] Hier galt namentlich nicht die Regel

---

annimmt. Es war nämlich unter den Glossatoren streitig, ob die Zahl von 7 Zeugen bloß bei der Testamentserrichtung nöthig sei, oder ob die gleiche Zahl auch später zum Beweise im Erbschaftsprozesse producirt werden müsse, „quo plenissime veritas reveletur". Vgl. Hänel, dissensiones dominorum cap. 55 und 100. Diese Streitfrage allein entschied cap. 11 X. de testamentis 3, 26: Relatum est, quod quum ad vestrum examen super relictis ecclesiae causa deducitur, vos nisi septem vel quinque idonei testes intervenerint inde postponitis judicare. Mandamus quatenus quum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis tribus aut duobus legitimis testibus requisitis, quoniam scriptum est „in ore duorum vel trium testium stet omne verbum". Nicht die Frage, wie Testamente errichtet werden können, wird hier beantwortet, sondern wie sie — vorausgesetzt, daß sie gültig errichtet wurden — zu beweisen sind. Daß dies der Sinn der Dekretale ist, geht besonders deutlich aus dem Originale hervor, welches der Bearbeitung der Dekretalensammlung zu Grunde liegt und das Schulte a. a. O. mittheilt. Allerdings wird seit langer Zeit die Dekretale so verstanden, daß man in ihr eine Vorschrift über die Errichtung eines Testamentes ad pias causas zu finden glaubt. Doch nur wo dieses Mißverständniß zu einem partikularen Gewohnheitsrechte geführt hat, ist dasselbe maßgebend; auf gemeinrechtliche Geltung kann es keinen Anspruch machen. Cap. 4 X. de test. spricht von geringfügigen Legaten, nicht von Zuwendungen ad pias causas als solchen.

1) Tit. Inst. de militari testamento 2, 11, Dig. de testamento militis 29, 1, Cod. 6, 21. Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 19.

2) pr. J. h. t. 2. 11, l. 1 D. h. t. 29, 1. Das Anwachsungsrecht beim testamentum militis behandelt Hofmann, krit. Studien n. 5.

3) l. 1 pr. D. h. t. 29, 1. Das betreffende Kapitel der mandata schloß mit den Worten „faciant igitur testamenta quo modo velint, faciant quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas".

4) Die große Schwierigkeit, den ernsten letzten Willen von unbedachten Aeußerungen zu scheiden, trat freilich sehr frühe hervor. Schon Trajan legte bei der Frage der Ernstlichkeit Gewicht darauf, ob die Erklärung „convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur" erfolgt war. l. 24 D. h. t. 29, 1. Aber hierin lag keine nothwendige Form. Konstantinus bezeichnet daher in der l. 15 C. h. t. 6, 21 als ausreichend: „si quid in vagina aut in clipeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotaverint aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in proelio vitae sortem derelinquunt."

5) l. 13 § 2 D. h. t. 29, 1.

nemo pro parte testatus decedere potest,[6] nicht der Satz semel heres semper heres,[7] nicht die lex Falcidia.[8] Verfügungen gegen die guten Sitten aber waren auch in den Soldatentestamenten ungültig, z. B. kaptatorische Dispositionen,[9] nicht minder was gegen die Rechte Dritter verstieß.[10]

Die Geltung der während der Soldatenzeit errichteten Testamente erlosch mit dem Austritte aus dem Soldatenstande, im Falle einer Entlassung in Ehren jedoch erst nach Ablauf eines Jahres.[11]

Justinian beschränkte das Privileg auf den Fall des Feldzuges.[12]

Im Mittelalter forderte Theorie und Praxis ferner für die Regel zwei Zeugen; nur Testamente in der Schlacht sollten völlig formlos sein. Dies bekräftigte die Notariatsordnung.[13]

II. Friedrich der Große gab dem Soldatentestamente in einer Cirkularordre vom 18. Mai 1747 eine neue Regelung, welche der späteren preußischen Gesetzgebung und dem Reichsmilitärgesetze vom 2. Mai 1874 § 44 zu Grunde liegt.[14]

Hiernach ist das Soldatentestament nur noch bezüglich der Form privilegirt. Das Privilegium bezieht sich auf die Angehörigen des deutschen Heeres und die nach dem Militärstrafgesetzbuch den Militärgesetzen unterworfenen Personen während eines Kriegs- oder Belagerungszustandes.[15]

Dasselbe beginnt für die Betreffenden, wenn sie ihre Standquartiere oder, falls sie solche nicht haben, ihre Wohnorte im Dienste verlassen haben, oder wenn sie in denselben angegriffen oder belagert werden. Es dauert für sie bis zur Demobilisirung des Truppentheils, dem der Testator angehört, oder dem früheren Verlust des militärischen Charakters.

Es genügt für das militärische Testament:

a) eigenhändige Nieder- und Unterschrift des Testators, oder

---

6) l. 6. l. 19 pr., l. 37 D. h. t. 29, 1.

7) l. 15 § 4, l. 41 pr. D. h. t. 29, 1.

8) l. 12 C. h. t. 6, 21. Aber „si quid ultra vires patrimonii postulatur .. tueri te potes“ gilt auch für den mit Legaten beschwerten Erben des Soldaten.

9) Vgl. unten § 81 Ziff. 2.

10) l. 11 C. h. t. 6, 21. Vgl. ferner l. 15 pr. D. h. t. 29, 1, l. 16 D. eod.

11) l. 25, l. 26 D. h. t. 29, 1.

12) pr. J. h. t. 2, 11; l. 17 C. h. t. 6, 21.

13) Not.Ordn. II § 2. Daß die Notariatsordnung nur die seit der Zeit der Glossatoren herrschende Meinung wiedergab, welche sich auf die oben Anm. 4 citirten Stellen zu stützen suchte, hat Fitting in seiner interessanten Schrift zur Geschichte des Soldatentestamentes, Halle 1866, nachgewiesen.

14) Mandry, Inhalt der R.G. S. 618; mein Preuß. Privatr. Bd. 3 § 114.

15) Eine Ausdehnung im Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 44.

b) Unterschrift desselben, wenn sie durch zwei Zeugen oder einen Offizier oder Auditeur mittelst Unterschrift beglaubigt ist, oder

c) eine mündliche Erklärung des Testators zu Protokoll vor einem Auditeur oder Offizier unter Zuziehung eines anderen Auditeurs oder Offiziers oder zweier Zeugen, wenn die Verhandlung dem Testator vorgelesen und von den Urkundspersonen unterschrieben ist.

Die Zeugen sind bloße Beweiszeugen.

Das militärische Testament verliert seine Geltung mit Ablauf eines Jahres von dem Augenblicke an, in welchem das Recht des Testators, militärisch zu testiren, aufhört. Die Frist läuft aber nicht während der Zeit, in welcher der Testator zur Errichtung einer anderen letztwilligen Verfügung unfähig ist. Das Testament behält auch dann seine Gültigkeit, wenn der Testator während der Frist verschollen ist.

Wenn ein militärisches Testament — z. B. unter Kindern — auch den Anforderungen des bürgerlichen Rechtes genügt, so ist es natürlich an die Jahresfrist nicht gebunden.

IV. Erleichterte Form für Vermächtnisse.

§ 74. Die Kodicillarform.[1]

Da sich die Formlosigkeit der Kodicille auf die Dauer nicht bewährte, war das Nächste, sie an die Testamentsformen zu binden. Das versuchte Konstantin für die Intestatkodicille.[2]

Doch dies schien wieder zu weit zu gehen, und es bildete sich — wohl als Kompromiß zwischen den extremen Ansichten — eine eigene Kodicillarform.[3] Sie fordert:

a) die Zuziehung von 5 Zeugen, vor denen der Erblasser seinen Willen erklärt, oder eine Schrift solennisirt.

b) Die schriftlichen Kodicille hat der Erblasser, wenn sie nicht holographe sind, vor den Zeugen zu unterschreiben oder, falls er hierzu nicht im Stande ist, durch

---

1) Tit. Inst. de codicillis 2, 25. Dig. de jure codicillorum 29, 7. Cod. de codicillis 6, 36. Ueber die Form der Kodicille vgl. Danz in Lindes Zeitschrift Bd. 9 n. 8. Das B.G.B. kennt keine besondere Kodicillarform, vgl. oben § 66 S. 123.

2) Zuerst bestimmten Konstantinus und Konstantius im Jahre 326 für die Intestatkodicille l. 1 C. Theod. de testamentis 4, 4: In codicillis quos testamentum non praecedit sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Im Jahre 424 erließ dann Theodosius der Große am Schlusse einer von der Kodicillarklausel handelnden Konstitution eine allgemeine Verfügung über die Zuziehung von 5 oder 7 Zeugen bei Kodicillen jeder Art. l. 7 § 2 C. Theod. eod. Aus dieser Verordnung entstand die l. 8 § 3 C. h. t. 6, 36, welche die Kodicillarform regelt.

3) l. 8 § 3 C. h. t. 6, 36, l. 28 in fine C. de testamentis 6, 23, l. 8 C. qui test. facere 6, 22.

einen für ihn Schreibenden unterschreiben zu lassen. Auch die Zeugen haben zu unterschreiben.

c) Endlich wird auch Einheit des Aktes verlangt.

Bestritten ist, ob noch andere Solennitäten der Testamente für die Kodicille zu fordern sind, insbesondere ob die Kodicillarzeugen die Eigenschaft von Testamentszeugen haben, und ob sie besonders rogirt sein müssen. Die Neueren behaupten dies fast durchgängig, indem sie sich darauf berufen, daß sich die Kodicillarform nach Analogie der Testamentsform gebildet habe. Aber durch die Jurisprudenz Nichtigkeiten für Rechtsgeschäfte nach Analogie festzustellen, ist bedenklich. In der That nahm die Kodicillarform eine besondere Entwickelung. Man legte vorzugsweise Gewicht darauf, den Beweis der Echtheit und Unverfälschtheit zu sichern. Andere Solennitäten verlangen die Kodicille nach Justinians Zeugniß nicht.[4] Genügen doch selbst bloße Zeichen in Gegenwart der Zeugen.[5]

Kodicille der Blinden theilen die Erschwerungen ihrer Testamente.[6]

Die Testamentsformen, insbesondere gerichtliche Errichtung, genügen auch für Kodicille.

§ 75. Das Oralfideikommiß.[1]

I. Da Justinian die Kodicillarform vorzugsweise als Beweissicherung erachtete, kam er auf den Gedanken des s. g. Oralfideikommisses, dessen Form einzig in der unmittelbaren Mittheilung des Erblassers an den Beschwerten besteht. Er wollte treue Erfüllung solcher Auflagen erzwingen, ohne daß doch die Gefahren der Formlosigkeit einträten. Kläger soll nämlich den Gefährdeeid zu schwören haben, wonach er ohne Chikane klage, Beklagter sich nur durch den Eid befreien, daß er die fragliche Anordnung nicht vom Erblasser vernommen habe.[2] Weigert er sich dessen, so wird er verurtheilt. Anderer Beweis ist ausgeschlossen.[3]

---

4) Seit Danz a. a. O. ist die Meinung die herrschende geworden, daß alle Testamentsformalitäten bei den Kodicillen zu beachten seien und daß nur die Zahl der Zeugen eine geminderte sei. Unerklärt bleibt dabei vor Allem, daß die Kodicille nach § 3 J. h. t. 2, 25 „nullam solemnitatem ordinationis desiderant". Dafür daß die Kodicillarzeugen nur als Beweiszeugen betrachtet werden, spricht ferner gar sehr l. 32 C. de fideicommissis 6, 42. Daß es auf die Rogation der Zeugen nicht ankam, ergiebt endlich l. 8 § 3 C. h. t. 6, 36 „quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint". Nur auf gezwungene Weise wird diese Gesetzesbestimmung von den Neueren weginterpretirt.

5) Die natürlich interpolirte l. 22 C. de fideicommissis 6, 42 vom Jahre 293 sagt: Et in epistula vel brevi libello vel sine scriptura immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus nulla dubitatio est. Testamente dagegen müssen mündlich oder schriftlich erklärt sein! Es ist also unrichtig, wenn die heute herrschende Ansicht alle Testamentsformalitäten, abgesehen von der Zeugenzahl, für Kodicille fordert.

6) l. 8 C. qui test. facere possunt 6, 22; oben Bd. 3 § 72 Ziff. 1.

1) l. 32 C. de fideicommissis 6, 42, § 12 J. de fideicommissariis hered. 2, 23. Arndts bei Glück Bd. 47 S. 341. Sonnenschmidt, neue praktische Erörterungen S. 1. Andere Litteratur siehe bei Windscheid Bd. 3 § 629. Dem B.G.B. ist das Oralfideikommiß unbekannt.

2) Der Eid, welchen der angeblich Onerirte zu leisten hat, lautet nach § 12 J. h. t. 2, 23 „quod nihil tale a testatore audivit". Das ist ein fester Punkt, von dem man auszugehen hat. Viele Neuere wollen gleichwohl eine durch Boten oder Brief vermittelte Mittheilung als genügend ansehen. So Windscheid Bd. 3

Wie sich dieses Verfahren mit der C.P.O. reimen sollte, war dunkel. Diese weiß von Eiden der hier gedachten Art nichts.[4] Dennoch hat sich die Praxis für die Beibehaltung des Oralfideikommisses erklärt. Sie rechtfertigt dies dadurch, daß der bezügliche Eid materiellrechtlicher Natur sei. Daß man den letzten Willen des Erblassers, auch wenn er formlos, aber ernstlich dem Erben geäußert ist, respektirt, entspricht auch dem Rechtsgefühl, namentlich wenn es sich um Verfügungen zu Gunsten der Angehörigen des Erblassers handelt.[5]

II. Theorie und Praxis früherer Jahrhunderte nahmen auch an, daß sich der Erblasser in seinem Testamente die Befugniß zu formlosen Nachzetteln — codicilli confirmati in futurum — vorbehalten könne.[6] Da aber die Kodicillarform für Kodicille jeder Art vorgeschrieben ist, so wurde dies mit Recht neuerdings verworfen.[7]

Drittes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze von letztwilligen Verfügungen.

I. Der letzte Wille und seine Erklärung.

§ 76. Bestimmtheit des Willens.

Die Verfügungen von Todeswegen müssen das Produkt des eigenen bestimmten Willen des Erblassers sein.[1 2]

Das bezieht sich nicht auf die Vorbereitung derselben. Dritte können dem Erblasser Vorschläge machen, den Testamentsentwurf für ihn schreiben,

---

§ 629, welcher findet, man habe kein Recht, jene Eidesformel zu pressen, und nur insoweit in derselben die Grenze zieht, als sie die Nothwendigkeit einer Mittheilung an den Beschwerten darthut, so daß auch Windscheid einen im Nachlaß gefundenen Brief für nicht genügend erklärt. — Den Eid an die Erben des Onerirten erklärt für unzuläßig Seuffert Archiv Bd. 33 n. 239.

3) Vgl. aber Seuff. Arch. Bd. 47 n. 123 (O.L.G. Braunschw. u. R.G.), wo angenommen wird, daß zwar der Beweis gegen den Onerirten nur durch Schiedseid geführt werden kann, gegen die Erben des Onerirten aber jedes Beweismittel zuläßig ist.

4) Die C.P.O. kennt keinen „Gefährdeeid“ mehr, und doch ist er Bedingung der Geltendmachung des justinianischen Oralfideikommisses. Vgl. weiter Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 2.

5) R.G. in Seuffert Archiv Bd. 49 n. 166, vgl. hierzu L. Seuffert in Iherings Jahrb. Bd. 34 S. 484.

6) Insbesondere vertrat diese Ansicht J. H. Böhmer, disp. de codicillis absque testibus validis Hal. 1707, dann auch exerc. ad Pand. V, 78.

7) Fein bei Glück Bd. 45 S. 96. Anders Kräwell im Archiv für civ. Praxis Bd. 43 n. 3 S. 78, Bd. 46 n. 4. Dagegen aber Chop ebendaselbst Bd. 44 n. 12 S. 335 und Windmüller Bd. 45 n. 15.

1) Ulpian. fragm. XXII § 4 „certum consilium debet esse testantis“.

2) Ueber Konventionalstrafen, wodurch man letztwillige Verfügungen des Versprechenden zu erzwingen sucht, vgl. oben § 66 Anm. 15.

ja ausarbeiten. Indem ihn der Erblasser persönlich nach genommener Kenntniß solennisirt, macht er sich seinen Inhalt zu eigen. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser beim Testamentsgeschäfte selbst Hülfe und Beistand Dritter in Anspruch nimmt.

Die getroffenen Anordnungen aber müssen selbständige sein.

Dabei ist zu unterscheiden:

a) Nicht gestattet ist dem Erblasser, Dritten die Verfügung über seinen Nachlaß testamentarisch zu übertragen, ihnen hierbei, wie man sagt, carte blanche zu geben.[3] Derartige allgemeine Vollmachten entsprechen den Bedürfnissen des Verkehres für Geschäfte unter Lebenden. Anders bei Geschäften von Todeswegen. Denn für die Beerbung besteht ohnehin eine allgemeine gesetzliche Ordnung. Dem Erblasser ist zwar freigelassen, seinen letzten Willen in concreto an deren Stelle zu setzen; wenn er selbst aber nicht etwas zu bestimmen weiß, so behält es mit Recht sein Bewenden bei der gesetzlichen Erbfolge.

Die Zulässigkeit einer allgemeinen Vollmacht, nach dem Tode des Erblassers dessen Nachfolger zu bestimmen, könnte auch zu erheblichen Mißbräuchen führen, da oft nicht zu ermitteln wäre, ob der Beauftragte dabei den ihm kund gethanen Intentionen des Erblassers, dessen Vertrauen er zu erschleichen wußte, nachkommt oder entgegenhandelt.

Das kanonische Recht und der mittelalterliche Gebrauch theilte diese Bedenken nicht und verstattete vielmehr, Dritten die Verfügung über den Nachlaß anheimzustellen.[4] Aber die neuere Praxis hat dies nicht angenommen, vielmehr an den entgegenstehenden Bestimmungen des römischen Rechtes festgehalten. Dem hat sich das B.G.B. angeschlossen.[5]

b) Es fragt sich weiter, ob bestimmte Anordnungen testamentarisch an die Zustimmung Dritter geknüpft werden können;

---

3) l. 32 pr. D. de hered. inst. 28, 5. Gajus libro 1 de testamentis ad edictum praetoris urbani: Illa institutio „quos Titius voluerit“ ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est, nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

4) cap. 13 X. de testamentis 3, 26. Innocenz III: Qui extremam voluntatum in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Manche behaupten, es habe sich nur um ein besonderes Gewohnheitsrecht der Geistlichen gehandelt, welches Innocenz III. anerkannte, keineswegs aber um einen allgemeinen Rechtssatz, vgl. namentlich Vangerow Bd. 2 § 432. Das ist unrichtig. Es galt im Mittelalter vielmehr allgemein als zulässig, daß der Erblasser seinem Testamentsvollstrecker überließ, nach seinem Ermessen „das Seelgeräth“ auszurichten, überhaupt nach seinem Befinden über den Nachlaß zu verfügen, Stobbe, Pr.Recht Bd. 5 S. 264.

5) Vgl. B.G.B. § 2065 Abs. 2: Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung nicht einem Anderen überlassen.

z. B. eine Frau, gewohnt, stets ihrem Manne zu folgen, testirt während dessen Abwesenheit im Felde bei plötzlich ausbrechender Krankheit: „Ich vermache mein Vermögen dem N., wenn mein Mann damit einverstanden ist.“

Eine alte römische Rechtsregel lautete, daß die Testamente durch sich selbst bestehen müßten, und erklärte insbesondere Erbeseinsetzungen unter der Bedingung des Wollens Dritter für nichtig. Aber in der Kaiserzeit umging man diese Regel. Man ließ nämlich zu, letztwillige Dispositionen an Handlungen Dritter zu knüpfen, welche, an sich irrelevant, nur den Zweck haben, die Willenszustimmung auszudrücken. Hiernach wäre oben gedachte Anordnung gültig, falls sie stylisirt wäre: wenn mein Mann an den N. ein „Ja“ schreibt.[6]

Ulpian erklärte beides aber mit Recht für gleichbedeutend und erkannte Zuwendungen unter der Bedingung des „Wollens“ Dritter an. Das ist als gemeines Recht anzusehen.[7] [8]

Das vollends ist kaum zweifelhaft, daß man eine letztwillige Verfügung in das vernünftige Ermessen Dritter stellen kann.[9]

c) Die ältere Jurisprudenz schloß aus der Anforderung eines bestimmten Willens des Erblassers, daß er eine „incerta persona“ nicht honoriren dürfe, d. h. eine solche, deren Individualität sich der Erblasser nicht konkret vorstellen kann. Ungültig war daher z. B. ein Ver-

6) l. 69 D. de hered. inst. 28, 5. Pomponius libro 7 ad Quintum Mucium: Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac condicione „si Titius in Capitolium ascenderit“, quamvis non alias heres esse possit Sempronius nisi Titius ascendisset in Capitolium et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii: quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio; atquin, si quis ita scripserit, „si Titius voluerit Sempronius heres esto“ non valet institutio. quaedam enim in testamentis si exprimantur effectum nullum habent, quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant quam haberent expressa, et momentum aliquod habebunt. Ebenso Modestinus in der l. 52 D. de cond. et demonstr. 35, 1, welcher hinzufügt: „inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent“.

7) Ulpianus libro 9 ad Sabinum. l. 1 pr. D. de leg. II: In arbitrium alterius conferri legatum, veluti condicio, potest: quid enim interest „si Titius in Capitolium ascenderit“ mihi legetur an „si voluerit“, ebenso in l. 46 § 2 D. de fideic. libert. 40, 5 und in l. 43 § 2 D. de leg. I. Die Versuche, Ulpians Entscheidungen mit den in der Anm. 6 abgedruckten Stellen in Uebereinstimmung zu bringen — siehe insbesondere Vangerow Bd. 2 § 432 Anm. 1, Windscheid Bd. 3 § 633 Anm. 17 —, sind gescheitert, wie Unger in Jherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 334 überzeugend dargethan hat.

8) Anders aber B.G.B. § 2065 Abs. 1: Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, daß ein Anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll.

9) l. 1 § 1 D. de leg. II, l. 11 § 2 D. de leg. III. Vermächtnisse können nicht in die bloße Willkür des Erben, wohl aber in dessen sachgemäßes Ermessen gestellt werden, l. 11 § 7 D. de leg. III. l. 46 § 3 D. de fideicommissariis libert. 40, 5. Vgl. auch R.G. Bd. 21 S. 188.

mächtniß zu Gunsten des künftigen Schwiegervaters des noch unverlobten Sohnes des Erblassers. Justinian hat dies aufgehoben.[10] — Etwas Anderes ist es, daß der Erblasser, welcher eine juristische Person schaffen und zum Erben einsetzen will, ihre Art und ihren Zweck wenigstens in den Grundzügen so genau bezeichnen muß, daß erhellt, was er wollte und daß sie in das Leben treten kann.[11]

§ 77. Die Willenserklärung.

1. Bezüglich der Willenserklärung besteht ein tiefgreifender Unterschied zwischen dem klassischen und dem justinianischen Rechte.

In der alten Zeit knüpfte sich die Honorirung im Testamente an bestimmte Formeln. Insbesondere mußte die Erbeseinsetzung mit den Worten „heres esto“ oder „heredem esse jubeo“ geschehen,[1] nicht minder waren die Legate an ihre specifischen Formeln, z. B. „do lego“ oder „damnas esto dare“ gebunden.[2]

Die Vorzüge dieses Systems lagen darin, daß die Wahl der Formel unmittelbar volle Klarheit darüber verbreitete, welche Rechtsstellung der Honorirte erhalten sollte. Aber freilich setzte es voraus, daß die besondere Bedeutung der einzelnen Formeln in dem nationalen Bewußtsein lebte. Seit dies nicht mehr der Fall war, mußte es hart erscheinen, daß der Wille des Erblassers wegen des Vergreifens in unverstandenen Formeln hinfällig werde. Jetzt verordnete daher Konstantin II., daß jede Erklärung zur Erbeseinsetzung genüge, wenn der Wille des Erblassers zu derselben erhelle,[3] und gab ähnliche Bestimmungen für die Vermächtnisse.

---

10) Vgl. Ulpian. fragm. XXII § 4; § 25, § 27 J. de leg. 2, 20 und die restituirte l. un. C. de incertis personis 6, 48.

11) Vgl. oben Bd. 1 § 63 a. E. Es sollen jedoch Stiftungen zu Gunsten „der Armen“ nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der Testator nicht genügend für deren Vertretung gesorgt hat. Vielmehr gilt die Gemeinde des Ortes als berufen, deren Einwohnern die Stiftung zu gute kommen soll, l. 24, l. 28 pr. C. de episcopis 1, 3, R.G. Bd. 19 S. 257. Vgl. auch B.G.B. § 2072.

1) Gajus, Inst. II § 117: Sollemnis autem institutio haec est: Titius heres esto: sed et illa jam comprobata videtur: Titium heredem esse jubeo: at illa non est comprobata: Titium heredem esse volo: sed et illae a plerisque inprobatae sunt: Titium heredem instituo, item: heredem facio.

2) Oben Bd. 3 § 64.

3) l. 15 C. de testamentis 6, 23. Constantinus ad populum: Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. Nec enim interest, si dicatur „heredem facio“ vel „instituo“ vel „volo“ vel „mando“ vel „cupio“ vel „esto“ vel „erit“ sed quibus-

Daraus mußten sich einschneidende Umgestaltungen des früheren Rechtes nothwendig ergeben. [4]

Unter anderem war alter Rechtssatz, daß man aus dem Inhalt einer Bedingung eine Erbeseinsetzung nicht entnehmen könne, „positus in condicione non est positus in dispositione". War z. B. geschrieben: „Wenn mein Bruder nicht mein Erbe sein will, sollen meine Neffen meine Erben sein", so galt der Bruder nicht als ernannt. [5] Das ist veraltet, denn jede, auch die indirekt ausgesprochene Erbeseinsetzung genügt. [6]

2. Bezüglich der Bezeichnung der Person des Honorirten und des ihm Zugewandten waltete schon seit der klassischen Zeit Freiheit, so daß insbesondere der Honorirte nicht mit Namen genannt sein muß, vielmehr beliebig bezeichnet sein kann. [7]

3. Falsche Bezeichnung — falsa demonstratio — schadet nichts, [8] wenn nur die Identität nicht zweifelhaft ist. [9]

Ist die Identität des Honorirten nicht mit Sicherheit zu ermitteln, so ist die Verfügung wirkungslos. So namentlich, wenn Mehrere gleiche

---

libet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. a. 339. Die Verordnung gehört den Söhnen Konstantins M. an, nach J. Gothofredus dem Konstantius, vgl. Krüger zu dieser Stelle.

4) l. 21 C. de legatis 6, 37, ursprünglich ein Bestandtheil der in l. 15 C. de testamentis — oben Anm. 3 — benutzten Verordnung Konstantins.

5) l. 19 D. de her. inst. 28, 5, l. 16 § 1 in fine D. de vulgari et pup. subst. 28, 6, vgl. freilich l. 86 D. de her. inst. 28, 5. Für Fideikommisse galt der Satz nicht, vgl. R.G. Bd. 10 S. 113.

6) Viele Neuere wollen diese Folge der Verordnung Konstantins nicht anerkennen. Vgl. aber Vangerow Bd. 2 § 449 Anm. 1, Windscheid Bd. 3 § 546 Anm. 11. Unverständig wäre es natürlich, umgekehrt den Satz als allgemeinen auszusprechen „positus in condicione est positus in dispositione". Es fragt sich eben, was der Erblasser in concreto gewollt hat.

7) l. 9 § 8 D. de her. inst. 28, 5. Bloße Bezeichnung durch ein Schimpfwort genügt nicht, z. B. „mein Spitzbube von Neffen". Es wäre wenig anständig für einen der Neffen, das Prädikat für sich in Anspruch zu nehmen, noch schlimmer, wenn eine Konkurrenz Mehrerer um dasselbe einträte.

8) „falsa demonstratio non nocet" § 30 J. de legatis 2, 20, l. 49 § 3 D. de her. inst. 28, 5. l. 33 pr. l. 72 § 8 D. de cond. et dem. 35, 1.

9) l. 4 C. de testamentis 6, 23, l. 7 § 1 C. de legatis 6, 37, § 29 J. de leg. 2. 20. Nach l. 7 § 2 D. de suppellect. leg. 33, 10, l. 4 pr. D. de leg. I war freilich erfordert, daß bei Vermächtnissen das nomen appellativum der vermachten Sache korrekt gebraucht werde. Aber auch dies kann der l. 21 C. de legatis 6, 37 gegenüber keine Geltung mehr beanspruchen. Wenn also z. B. der Erblasser gewohnt war, seinen Weinvorrath „seine Bibliothek" zu nennen, und er vermacht „seine Bibliothek" einem Zechbruder, während er Bücher überhaupt nicht besitzt, so ist das Vermächtniß des Weinvorraths nach heutigem Rechte gültig. Vgl. übrigens Leonhard, Irrthum S. 330, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 23 S. 18 ff., namentlich S. 38.

Namen führen und ungewiß bleibt, wer gemeint war. Denn es kann dann keiner darthun, daß er der Honorirte sei.[10]

4. Unkräftig ist die Honorirung, wenn sie im Sinne des Testators noch nicht vollendet ist.[11]

5. Der Testator kann in seinem schriftlichen Testamente auf eine andere Urkunde verweisen, in welcher der Erbe oder anderweitige Honorirte oder das ihm Zugewendete bezeichnet werden soll — testamentum mysticum.[12] Damit giebt sich der Erblasser die Ermächtigung, seinen letzten Willen formlos zu erklären. Dieser Satz bildete sich in einer Zeit aus, in welcher man die Form nur als lästige Schranke, nicht aber zugleich als wohlthätige Garantie ansah. Er ist ungesund und zweckwidrig, aber positiven Rechtens. Mündliche mystische Testamente sind dagegen nicht zuzulassen.[13] Das B.G.B. hat das mystische Testament überhaupt beseitigt.

---

10) l. 10 pr. l. 28 D. de rebus dubiis 34, 5. Anders B.G.B. § 2073: Hat der Erblasser den Bedachten in einer Weise bezeichnet, die auf mehrere Personen paßt, und läßt sich nicht ermitteln, wer von ihnen bedacht werden sollte, so gelten sie als zu gleichen Theilen bedacht.

11) Das Testament ist noch nicht zu Stande gekommen, weil es noch unvollständig war — l. 29 pr. D. de hered. inst. 28. 5 — wenn der Erblasser nach einer Erbeseinsetzung noch Erben ernennen wollte, ja wenn er vor der beabsichtigten Ernennung von Substituten verstummte, l. 25 D. de hered. inst. 28, 5. Dagegen ist das bloße Unterlassen der beabsichtigten Zufügung von Vermächtnissen in der Regel nicht geeignet, die Geltung der Erbeseinsetzungen in Frage zu stellen. Vangerow Bd 2 § 433. Wollte der Erblasser erweislich der Erbeseinsetzung unmittelbar noch eine Bedingung zufügen und wurde der Testirakt unterbrochen, so ist die Einsetzung nichtig, denn die unbedingte Einsetzung war nicht gewollt, die gewollte bedingte ist nicht erklärt. Hat aber der Erblasser den Erben „unter später zuzufügenden Bedingungen" ernannt und solche Bedingungen später nicht zugefügt, so gelten sie als erlassen nach l. 8 C. de instit. 6, 25. Vangerow Bd. 2 § 433 Anm. I 4 S. 100.

12) l. 78 D. de her. inst. 28, 5. Papinianus libro 17 quaestionum. Asse toto non distributo ita scriptum est: „quem heredem codicillis fecero heres esto". Titium codicillis heredem instituit. ejus quidem institutio valet ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur. vgl. l. 12 D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11, l. 10 D. de cond. inst. 28, 7; siehe ferner l. 38 D. de cond. et dem. 35, 1. Nicht unbestritten ist, ob der Nachzettel der Kodicillarform bedürfe, doch ist die herrschende Ansicht dagegen. Fein bei Glück Bd. 45 S. 119. Ueberhaupt Oertmann, das testamentum mysticum, Berliner Inauguraldissertation 1887.

13) Gegen die Zulassung mystischer Erbeseinsetzungen bei mündlichen Testamenten vgl. l. 21 pr. D. qui test. facere 28. 1, l. 26 C. de testamentis 6, 23. Früher war die Theorie entschieden gegen die Zulässigkeit. So meinte Glück Bd. 35 S. 13: „Ein mündliches mystisches Testament ist ein Unding". Die Neueren jedoch sind überwiegend für die Geltung; so Windscheid Bd. 3 § 546 Anm. 10, Arndts § 493 Anm. 2. Sie gehen dabei mit Unrecht davon aus, daß die mystischen Erbeinsetzungen etwas Selbstverständliches seien, so daß man die Unzulässigkeit bei mündlichen Testamenten dem gegenüber positiv begründen müsse.

§ 78. Die Interpretation der Testamente.

1. Die Ausbildung des römischen Testamentsrechtes geschah durch das Ineinandergreifen der Methoden typischer und individueller Interpretation.

Die ältere, die typische Interpretation schloß sich an die herkömmlichen stereotypen Ausdrücke der Testamente an und prägte ihnen eine ein für allemal anerkannte Bedeutung auf. Damit bildete sie zum großen Theile das objektive römische Testamentsrecht.

Die individuelle Interpretation fand Anerkennung seit Ende der Republik.[1] In der Kaiserzeit tritt sie in die erste Linie.

Sie sucht den Willen des Erblassers im gegebenen Fall möglichst zu erkennen und zu verwirklichen.[2] Daher ist seine individuelle Sprachweise zu beobachten, wie sie sich sonst dokumentirt oder aus dem Sprachgebrauch seines Standes und seiner Heimath sich ergiebt;[3] der Zusammenhang seiner Verfügungen ist in das Auge zu fassen, seinen Zwecken Berücksichtigung zu schenken. Frühere und spätere Erklärungen des Erblassers können maßgebende Bedeutung gewinnen.[4]

Bei alledem sind aber die herkömmlichen typischen Interpretationen von Bedeutung geblieben, denn sie kommen überall zur Anwendung, wo der konkrete Wille des Erblassers nicht feststellbar ist. Ja unter Umständen wurde derselbe gegenüber der einmal feststehenden Auslegung nicht berücksichtigt.[5]

---

1) In der berühmten causa Curiana — vgl. über sie unten § 89 Anm. 15 — traten die verschiedenen Interpretationsmethoden in einen Gegensatz, welcher mit Recht in Rom das größte Aufsehen erregte. Der hochangesehene Jurist Publius Mucius Scävola vertheidigte in diesem großen Prozesse das alte Testamentsrecht und die Formularjurisprudenz, der berühmte Redner Crassus das neue, den konkreten Willen betonende Recht. Cicero, Brutus cap. 52 § 195 . . quid ille — Scävola — non dixit de testamentorum jure? de antiquis formulis? quam captiosum esset populo, quod scriptum esset negligi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere? dagegen Crassus — § 198 — Aequum bonum, testamentorum sententias voluntatesque tutatus est; quanta esset in verbis captio quum in ceteris rebus tum in testamentis si negligerentur voluntates.

2) l. 24 D. de rebus dubiis 34, 5. Marcellus libro 11 digestorum. Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.

3) l. 50 § 3 D. de leg. I. Ulpianus libro 24 ad Sabinum: Si numerus nummorum legatus sit, neque apparet, quales sunt legati, ante omnia ipsius patris familias consuetudo deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est: sed et mens patris familiae et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo, item earum quae praecedunt vel quae sequuntur summarum scripta sunt spectanda.

4) l. 21 § 1 D. qui test. facere possunt 28, 1.

5) l. 19 D. de usu legato 33, 2. Modestinus libro singulari de heurematicis: Si alii fundum alii usum fructum ejusdem fundi testator legaverit: si eo

Andererseits wiederum schwächte sich schon in der späteren klassischen Zeit die Empfindung für die prägnante Bedeutung mancher Redewendungen ab, auf die man früher Gewicht gelegt hatte, und die alte Sorgfalt bei der Abfassung der Testamente bestand in weiten Kreisen nicht mehr.[6] Daher mußte schon die spätklassische Jurisprudenz manche subtile Unterscheidung fallen lassen, welche sich früher an die Wahl bestimmter Ausdrücke geknüpft hatte,[7] und es änderten sich hiernach nicht wenige Rechtssätze.[8]

2. Bei der Reception des römischen Testamentsrechtes in Deutschland wurden zahlreiche in Rom gebräuchliche Wendungen und technische Ausdrücke nicht übernommen. Der deutsche Erblasser giebt seinem Willen einen unmittelbaren und individuellen Ausdruck. Nach besonderer Prägnanz im Ausdrucke streben nur Wenige.

Bei der Auslegung ist daher noch in höherem Maße auf den konkreten Willen des Erblassers Gewicht zu legen, als dies in Rom geschah.[9]

Soweit derselbe nicht erkennbar ist, gilt auch gemeinrechtlich der Satz, daß man die letztwilligen Honorirungen, insbesondere Erbeseinsetzungen in einer günstigen und liberalen Weise auslegt.[10]

Mit Recht lehrt man ferner, daß letztwillige Verfügungen im Anschluß an das Intestaterbrecht auszulegen sind. Dies war allerdings

---

proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usu fructu proprietatem eum legare oportet eo modo: „Titio fundum detracto usu fructu lego: Sejo ejusdem fundi usum fructum heres dato“, quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit. Vgl. unten § 111 Anm. 2.

6) Vgl. l. 88 § 17 D. de leg. II, abgedruckt unten § 95 Anm. 7.

7) Hieraus erklären wir unter anderem den Gegensatz, in welchen Paulus in der l. 17 D. de duobus reis 45. 2 zu Neratius in der l. 124 und Pomponius in der l. 54 § 3 D. de leg. I tritt, siehe unten § 103 Anm. 15.

8) Beispielsweise hatte nach früherem klassischen Rechte der Substitut, welcher an die Stelle des Instituten trat, die diesem „nominatim“ auferlegten Vermächtnisse nicht zu entrichten. Denn man nahm an, daß der Testator sie ihm durch die Formel „quisquis mihi heres erit“ oder in ähnlicher Weise aufgelegt hätte, wenn er sie hätte tragen sollen. Als aber die in der altrömischen Zeit gewöhnliche sorgfältige Abfassung der Testamente und Abwägung der Worte in sehr vielen Fällen nicht mehr stattfand, sah sich Sever veranlaßt, als Regel auszusprechen, daß die dem Instituten „nominatim“ aufgelegten Vermächtnisse in der Regel als im Sinne des Testators auch dem Substituten obliegend anzusehen seien. Siehe unten § 88 Anm. 8.

9) Die in Anm. 5 citirte Entscheidung kann in Deutschland nicht zur Anwendung kommen. Vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogm. 1 S. 33.

10) l. 19 D. de liberis 28, 2. Paulus libro 1 ad Vitellium . . aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adjuvandae, l. 5 D. test. quemadmodum aperiantur 29, 3. Paulus libro 8 ad Plautium . . publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere. Vgl. Hofmann, krit. Studien IV. Vgl. auch B.G.B. § 2084: Läßt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann.

den Römern fremd. Aber im deutschen Leben gilt die Intestaterbfolge als das Ordnungsmäßige. Von ihr gehen daher die Erblasser aus und nur Abänderungen pflegen sie bestimmt hervorzuheben.

Insbesondere gelten, wenn der Erblasser „seine Verwandten" zu Erben einsetzte, diejenigen als berufen, welche nach Intestaterbrecht succedirt hätten. In gleichem Sinne ist dann, wenn der Erblasser seine nächsten Verwandten einsetzt, im Zweifel die Nähe nicht nach dem Grade, sondern nach der vorzüglichsten Intestaterbberechtigung zu bemessen.[11][12]

II. Fehlerhafte Verfügungen.

§ 79. Wesentlicher Irrthum.

1. Ist etwas Anderes erklärt als gewollt, so besteht kein letzter Wille; denn das Erklärte ist nicht gewollt und das Gewollte nicht erklärt; z. B. der Schreiber des Testamentes, dem dasselbe diktirt wird, schreibt aus Mißverständniß oder Arglist einen anderen Erben, als ihm der Testator diktirte, und dieser solennisirt das Testament, ohne den Fehler bemerkt zu haben.[1] Bloßer Irrthum im Namen des ernannten Erben ist dagegen unschädlich.[2]

2. Entspringt die letztwillige Verfügung aus irrthümlichen Beweggründen, so ist sie an sich gültig, denn sie ist gewollt.

---

11) Vgl. die bei Gruchot, Erbrecht Bd. 2 S. 178 ff. Citirten, B.G.B. § 2067. Hat freilich der Erblasser „seine Geschwister" zu Erben ernannt, so sind die Kinder vorverstorbener Geschwister nicht berufen, trotzdem sie neben den Geschwistern ab intestato erben würden.

12) Hinsichtlich zahlreicher Auslegungsregeln der Quellen hat man zu fragen, ob sie auch im Sinne heutiger Erblasser liegen. Das ist z. B. bezüglich der römischen substitutio tacita pupillaris entschieden nicht der Fall, worüber unten § 89 das Nähere. Auch mit dem Geiste der deutschen Sprache müssen die Regeln vereinbar sein. Wenn z. B. Justinian in der l. 4 C. de verb. sign. 6, 38 erklärt, im Falle der Honorirung „ille vel ille heres mihi esto" oder „illi aut illi do lego" solle „aut" als „et" aufgefaßt werden, so ist dies derart der deutschen Sprache zuwider, daß es nicht zur Anwendung gebracht werden kann. Vielmehr muß bei Erbeseinsetzungen Prävention der Annahmeerklärung entscheiden, wenn nicht der Sachlage nach das Wort „oder" im Sinne einer Korrektur, also von „oder vielmehr" aufzufassen ist. Bezüglich der Vermächtnisse siehe unten § 103 Anm. 5. Vgl. übrigens Bernstein in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 177, Seuffert, Archiv Bd. 17 n. 150. Auslegungsvorschriften des B.G.B. siehe das. §§ 2066 ff.

1) l. 9 pr. D. de her. inst. 28, 5. Ulpianus libro 5 ad Sabinum: Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans . . placet neque eum heredem esse, qui scriptus est quoniam voluntate deficitur neque eum, quem voluit, quia scriptus non est, l. 9 §§ 1—7 D. eod. Vgl. überhaupt oben Bd. 1 §§ 101 und 102. Nach B.G.B. § 2078 besteht in diesem Falle nur ein Anfechtungsrecht, in derselben Weise wie wegen Irrthums im Beweggrunde, vgl. unten Anm. 6.

2) Mit Unrecht hält Eisele in Iherings Jahrbüchern Bd. 23 S. 18 beide Fälle für identisch.

Das ältere Recht erachtete sie für unanfechtbar, selbst wenn der irrige Beweggrund ausdrücklich angeführt war. Es hieß: „falsa causa non nocet“.

Aber das verfeinerte Recht hielt es für unstatthaft, einer letztwilligen Anordnung Folge zu geben, welche der Erblasser offenbar, wenn er sich noch aussprechen könnte, verwerfen würde. Man erklärte sie daher für anfechtbar.

a) Dies machte sich leicht bei Vermächtnissen. Dem Legatar trat eine exceptio doli entgegen.[3]

b) Schwierig aber war die Behandlung bei Erbeseinsetzungen. Sie waren zweifellos an sich trotz des irrthümlichen Motivs gültig. Ein älteres Testament war daher rumpirt, die Intestaterbschaft ausgeschlossen. Es fehlte also an einer zur Anfechtung legitimirten Person. Man half sich mit der Indignitätslehre. Der Fiskus in der Regel entzog dem in Folge Irrthums Eingesetzten das Zugedachte als einem Unwürdigen.[4] Hatte aber der Erblasser im irrigen Glauben, daß die von ihm ernannten Testamentserben verstorben seien, neu testirt, so überwies man die Erbschaft den Erben des früheren Testamentes.[5] Nach gemeinem Indignitätsrechte treten die Intestaterben an die Stelle des Fiskus in Fällen, in denen kein älteres Testament existirt.[6] [7]

---

3) l. 72 § 6 D. de cond. et dem. 35, 1. Papinianus libro 18 quaestionum: Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. Vgl. über den Satz: „Falsa causa non nocet“ Keller, Instit. S. 387.

4) l. 46 pr. D. de jure fisci 49, 14. Hermogenianus libro 6 juris epitomarum: Aufertur ei quasi indigno successio, qui cum heres institutus esset, ut filius post mortem ejus, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est, l. 4 C. de heredibus inst. 6, 24 Imp. Gordianus. Si pater tuus eum quasi filium heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset . . . auferendam ei successionem divi Severi et Antonini placitis continetur.

5) l. 93 D. de her. inst. 28, 5. Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex 1, seu decretorum libro 2. Pactumeius Androsthenes Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat eique patrem ejus substituerat. Pactumeio Magno occiso et rumore perlato quasi filia quoque ejus mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: quia heredes, quos volui habere mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto. Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum: igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta. Das zweite Testament wird also nicht als ungültig erachtet. Vielmehr wird nur die Erbschaft dem Novius Rufus entzogen, so daß statt des Fiskus die Pactumeia Magna eintritt.

6) Vgl. oben Bd. 3 § 60 Anm. 19. Die Ansichten Anderer siehe bei Savigny, System S. 377, Vangerow Bd. 2 § 431 Anm. 2, Leonhard, Irrthum S. 258,

Der Grundsatz falsa causa non nocet hat nur noch die Bedeutung, daß eine vom Erblasser absichtlich zugefügte falsche Motivirung nicht schadet. Solche Zufügungen können geschehen, um Andere zu beschwichtigen, die nichts oder weniger erhalten; oder sie können den Zweck besonderer Höflichkeit haben, man vermacht z. B. unter dem Zusatze, daß man das Vermachte schulde; oder sie können auch bloß aus Geschwätzigkeit und Lügenhaftigkeit hervorgehen.

§ 80. Unlautere Behinderung. Zwang.[1]

Wenn die Frage des Testirens an den Erblasser herantritt, ist er oft hülflos und gebrechlich und von seiner Umgebung abhängig. Das Recht hat ihn gegen mißbräuchliche Ausbeutung dieser Lage zu schützen. Diese Aufgabe ist aber nichts Leichtes.

Bloßes Zureden, wenn auch dringlicher und lästiger Art, inbesondere seitens des Ehegatten, mag nicht anständig sein, rechtlich läßt sich nichts dagegen thun.[2] Nur gegen rechtswidrige Mittel reagirt das Recht, mögen sie Behinderung des Erblassers an beabsichtigten Verfügungen oder Zwang zu solchen bezwecken.

1. Widerrechtliche Behinderung am Testiren ist in sehr verschiedener Weise möglich, insbesondere durch Zwang gegen die Person, indem man den Erblasser z. B. einschließt, oder durch Drohungen einschüchtert; oder durch Betrug, indem man ihm den Tod der von ihm gewünschten Erben vorspiegelt; endlich durch Verstandesberaubung oder

---

Pernice, Labeo Bd. 3 S. 72, H. Brodnitz, der Irrthum im Beweggrunde bei der Erbeseinsetzung und den Vermächtnissen, Breslauer Diss. 1899. Vgl. auch W. Weidemann, Uebergehung aus Irrthum, Göttinger Diss. 1896.

7) Nach B.G.B. § 2078 kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser zu derselben durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist. Zur Anfechtung ist nach § 2080 derjenige berechtigt, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zu Statten kommen würde. Ueber Form und Frist der Anfechtung siehe §§ 2081, 2082. Besonderes gilt für den Fall, daß eine letztwillige Verfügung anfechtbar ist, durch die eine Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, vgl. hierüber § 2083.

1) Tit. Dig. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit 29, 6, Cod. 6, 34. Vgl. oben Bd. 1 § 103.

2) l. 3 D. h. t. 29, 6. Papinianus libro 15 responsorum: Virum, qui non per vim nec dolum, quo minus uxor, contra eum mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed, ut fieri adsolet, offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei quod testamento fuerat datum auferendum, l. 3 C. h. t. 6. 34. Aeltere Schriftsteller stritten über die Tragweite dieses Ausspruches. Auch Schelten und Schläge sollten nach Einigen maritalis sermo sein, vgl. die bei Glück Bd. 33 S. 433 Citirten. Mit Recht nennt Vangerow Bd. 2 § 431 Anm. 1 den Streit „sehr wunderbar“. Ueber Zudringlichkeit des Arztes vgl. Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 1 S. 345.

Tödtung. Auch durch Machinationen gegen Andere, z. B. gegen die an das Testamentsgericht abgesendeten Boten, kann man das Testament hindern.[3]

So mißbilligenswerth derartige Dinge sind, so haben sie ihr Ziel trotz alledem erreicht; die Intention des Erblassers ist nicht verwirklicht, ein Testament nicht zu Stande gekommen, der vom Erblasser Gewünschte ist also nicht Erbe. Ist freilich der Erbe an den Machinationen betheiligt gewesen, so verliert er als unwürdig seine Erbansprüche.[4]

Wer ferner das Testament widerrechtlich hinderte, ist dem, welchen der Erblasser honoriren wollte, in Folge der actio doli zum Ersatze seines wahrscheinlichen Schadens verbunden.

2. Erzwungene Verfügungen auf den Todesfall sind nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes nicht schlechthin nichtig.

Doch dem erzwungenen Vermächtnisse steht die exceptio quod metus causa entgegen.

Dem Erben ferner, dessen Einsetzung in Folge Zwanges geschah, wurde in Rom die bonorum possessio versagt. Dieselbe wurde denjenigen deferirt, welche ohne das erzwungene Testament berufen wären. Nach gemeinem Recht erlangen sie das Erbrecht durch ihre Erklärung, dasselbe zu beanspruchen.[5] [6]

---

3) l. 1 pr. D. h. t. 29, 6.

4) l. 1 § 2, l. 2 D. h. t. 29, 6. l. 88 § 4 D. de leg. II, l. 19 D. de his, quae ut indignis 34, 9, B.G.B. § 2339 Abs. 1 Ziff. 2.

5) Wie eine erzwungene Erbeseinsetzung zu behandeln sei, ist sehr bestritten. a) Viele halten sie für nichtig, so neuerdings Arndts § 491 Anm. 2. Das steht aber in Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes über Zwang, von welchen bezüglich der Testamente keine Ausnahme bezeugt ist. Denn daß ein Testament nichtig ist, wenn einer der Zeugen mit Gewalt zurückgehalten war — l. 20 § 10 D. qui test. facere possunt 28, 1 — ist etwas Anderes; dann fehlt es an der nöthigen Form. Auch handelt es sich dabei um absoluten Zwang, nicht um einen bloß kompulsiven, von dem hier allein die Rede ist. Zudem wäre eine derartige Nichtigkeit auch praktisch bedenklich. b) Schloßmann, L. v. Zwang S. 48 betrachtet umgekehrt das erzwungene Testament als „schlechthin gültig“. Es genüge, daß es der Erblasser widerrufen könne und daß jede Abhaltung vom Widerruf verpönt sei. Auf dem Sterbebette wäre also der Erblasser vogelfrei, wenn ihm nicht mehr möglich wäre, das Erzwungene zu ändern. c) Vangerow will die actio und exceptio quod metus causa anwenden, nimmt also Anfechtbarkeit an, ähnlich auch Windscheid Bd. 3 § 548 Anm. 2. Aber die Anfechtung mit diesen Rechtsmitteln hat nur der Gezwungene und sein Erbe. Das ist hier der Zwingende selbst. d) Wer durch ein erzwungenes Testament zur Erbschaft berufen ist, verliert dieselbe wegen Indignität. So die beiden ersten Auflagen dieses Werks. e) Lenel hat in der Savigny-Zeitschrift rom. Abth. Bd. 10 S. 71 dargelegt, daß der Prätor unter der Rubrik „quibus bonorum possessio non competit“ ein Edikt mit der Rubrik des Titels 29, 6 erließ: si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit, daß er also die ediktmäßige bonorum possessio für den Fall eines erzwungenen Testaments versagte, und zwar nicht bloß dem Zwingenden, sondern auch Dritten, zu deren Gunsten der Zwang ausgeübt war. Die bonorum possessio wurde daher Anderen deferirt, wie wenn jenes Testament nicht da wäre und diese wurden gegen den in

Genehmigung des Erblassers im Stande voller Freiheit beseitigt die Anfechtbarkeit der erzwungenen Verfügung.[7]

§ 81. Maßnahmen gegen Erbschleicherei.

Wo testamentarische Verfügungen die gesellschaftliche Regel sind, da stellt sich auch die Erbschleicherei in feineren und gröberen Formen unfehlbar ein. Die Gesetzgebung vermag auch dagegen nur wenig. Einige besonders gehässige Arten sind jedoch verpönt.

1. Der Schreiber der Testamentsurkunde kann seine Stellung leicht mißbrauchen, um dem halb widerwilligen Testator Zuwendungen abzuringen. Daher droht in Folge des S. C. Libonianum[1] dem Schreiber eines Testamentes oder Kodicilles, sofern er nicht einziger Intestaterbe des Erblassers war, die Strafe der Fälschung, wenn er sich oder den mit ihm durch Gewalt Verbundenen eine Zuwendung zuschrieb, und die Jurisprudenz behandelte sie als ungültig, wie nicht geschrieben.[2] Specielle eigenhändige Bestätigung des Erblassers macht sie jedoch straffrei und gültig.

Die Strafbestimmung ist antiquirt, die Ungültigkeit aber ist gemeinrechtlich. Sie betrifft auch Richter und Gerichtsschreiber bei der Niederschrift mündlicher gerichtlicher Testamente.[3]

2. Für nichtig wurden durch Senatuskonsulte ferner kaptatorische Zuwendungen erklärt, d. h. solche, die an die Bedingung geknüpft sind, daß der Honorirte seinerseits den Testator oder einen anderen von ihm Bezeichneten honoriren werde.[4]

Der Testator spekulirt hier auf das Versterben des von ihm Honorirten vor ihm und hofft dessen Erbschaft an sich zu bringen, indem er ihm den Köder einer Zuwendung in seinem Testamente vorhält.

Die kaptirte Verfügung ist gültig.

III. Nebenbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen.

§ 82. Allgemeines. Die aufschiebende Bedingung.

1. Erbeseinsetzungen lassen zahlreiche Arten von Nebenbestimmungen nicht zu. Insbesondere sind unzulässig und werden wie nicht

---

demselben ernannten Erben geschützt. Vgl. auch Schirmer im Arch. f. civ. Prax. Bd. 79 S. 232 ff.

6) Nach B.G.B. § 2078 Abs. 2 gelten, wenn der Erblasser zu der Verfügung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, die oben § 79 Anm. 7 angegebenen Bestimmungen.

7) Windscheid Bd. 3 § 548 Anm. 5 bemerkt, wer absolute Nichtigkeit annimmt, muß „ein neues Testament verlangen".

1) Tit. Dig. de lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano 48, 10. Cod. de his, qui sibi adscribunt in testamento 9, 23. Keller, Institutionen S. 361.

2) l. 1 pr. D. de his, quae pro non scriptis 34, 8.

3) Vgl. auch B.G.B. § 2235.

4) l. 71, l. 72 D. de heredibus inst. 28, 5. B.G.B. kennt das Verbot nicht mehr.

zugefügt angesehen zeitliche Beschränkungen[1] und auflösende Bedingungen,[2] weil sie mit der Regel semel heres semper heres nicht verträglich sind. Man wird jedoch die Zufügung eines Endtermines oder einer Resolutivbedingung nach gemeinem Recht der Absicht des Testators entsprechend regelrecht als Anordnung eines Universalfideikommisses aufzufassen haben.[3] Suspensiv bedingte Erbeseinsetzungen sind gültig.[4]

2. Solange die aufschiebende Bedingung einer Erbeseinsetzung schwebt, ist Niemand berufen. Die Berufung des bedingt Eingesetzten nämlich erfolgt natürlich erst mit Eintritt der Bedingung, welche er erleben muß, damit er erwerben kann. Inzwischen sind auch die Intestaterben ausgeschlossen. Denn an sie ergeht erst dann eine Berufung, wenn es gewiß ist, daß Niemand aus dem Testamente Erbe werden kann.[5]

Der Prätor gab inzwischen bedingt ernannten Testamentserben gegen Kaution provisorischen Erbschaftsbesitz.[6] Nach gemeinem Recht wird der ruhenden Erbschaft ein Kurator bestellt, namentlich auch auf Anstehen der Erbschaftsgläubiger, welche der Kurator zu befriedigen hat.[7]

---

1) l. 34 D. de hered. inst. 28. 5, § 9 J. de hered. inst. 2, 14. Heres et pure et sub condicione institui potest; ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti „post quinquennium quam moriar“ vel „ex Kalendis illis“ vel „usque ad Kalendas illas heres esto“. Diemque adjectum haberi pro supervacuo placet et perinde esse ac si pure heres institutus esset. Vgl. freilich l. 23 pr. D. de her. inst. 28, 5. Wenig befriedigend ist der Erklärungsversuch von Leist bei Glück, Bücher 37 u. 38 Bd. 4 S. 289. Doch stimmt Steinlechner, das schwebende Erbrecht S. 294 flg., im wesentlichen mit ihm überein.

2) arg. l. 89 D. de hered. inst. 28, 5. l. 17 § 4 D. de testamento mil. 29. 1. Mehrere vertheidigten die Ansicht, die Erbeseinsetzungen zugefügte Resolutivbedingung sei in die entgegengesetzte Suspensivbedingung zu verwandeln. Dies widerspricht aber der Absicht des Testators, welcher dem unter Resolutivbedingung eingesetzten Erben den Nachlaß sofort und unmittelbar zuwenden will, und entspricht auch nicht den Quellen. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 434 Anm. 1 S. 105 und dort Citirte.

3) So Windscheid Bd. 3 § 554 Anm. 19. Dem römischen Recht war diese Auffassung noch fremd.

4) Nach dem B.G.B. sind Bedingungen und Zeitbestimmungen unbeschränkt zuläſsig; bei Endterminen und auflösenden Bedingungen gelten die gesetzlichen Erben als Nacherben eingesetzt, bei Anfangsterminen und aufschiebenden Bedingungen sind die gesetzlichen Erben die Vorerben, B.G.B. §§ 2104, 2105.

5) l. 3, l. 39, l. 69 D. de a. vel o. her. 29, 2, l. 60 § 6 D. de her. inst. 28, 5. Auch Substituten und Miterben sind ausgeschlossen, solange die Bedingung der Einsetzung des Instituten beziehungsweise des Miterben schwebt. Anders B.G.B., vgl. Anm. 4.

6) l. 23 pr. D. de her. inst. 28, 5, l. 12 D. qui satisdare cog. 2, 8.

7) Schon in Rom half man sich in solcher Weise je nach Bedürfniß, l. 23 § 3 D. de hered. inst. 28, 5.

3. Bei Vermächtnissen sind suspensive und resolutive Bedingungen, Anfangs- und Endtermine gültig.[7 8]

§ 83. Favorable Behandlung der Bedingungen letztwilliger Verfügungen.

Vielfach werden suspensiv bedingte letztwillige Verfügungen wirksam, trotzdem es zur Erfüllung der Bedingungen noch nicht kam oder überhaupt nicht kommen kann.

Ein Hauptgrund für diese auffallende Erscheinung liegt darin, daß durch das Setzen der Bedingung ein Druck auf den Honorirten zum Zweck einer Handlung oder Unterlassung desselben ausgeübt werden soll. Dieser Druck führt aber, wenn man die Verfügung logisch und nach ihrem Wortlaute auslegt, oft weiter, als es in der Intention des Erblassers lag.

1. Wenn eine Handlung zur Bedingung gesetzt ist, deren Vollzug die Mitwirkung eines dabei interessirten Dritten fordert, z. B. die Verheirathung mit demselben, und wenn zwar der bedingt Honorirte zur Handlung bereit ist, aber der Dritte sich der Mitwirkung weigert, ist die Bedingung ihrem Wortlaute nach ausgefallen; dennoch gilt sie, wie bereits früher ausgeführt wurde, in der Regel als erfüllt, da man unterstellt, daß dies der Intention des Erblassers entsprechen würde, wenn er diesen Fall in das Auge gefaßt hätte.[1]

2. In Rom war die Bedingung häufig, wonach der Honorirte zu schwören hatte etwas zu thun oder zu unterlassen. Dabei handelte es sich oft um gesetzlich Verbotenes, in welchem Falle man den Prätor um Remission des Schwures anging.

Später aber remittirte das prätorische Edikt die Bedingung des Eides ein für allemal, behielt aber vor, den Inhalt dessen, was beschworen werden sollte, wie einen Modus zu erzwingen, wenn es sich nicht um gesetzlich Verbotenes oder Unsittliches handelte.[2]

3. Zuwendungen unter negativen Potestativbedingungen,

---

8) Bis Justinian waren auch Vermächtnisse „ad tempus relicta“ ungültig, l. 26 C. de legatis 6, 37. Vgl. Hofmann, krit. Studien S. 138.

1) Oben Bd. 1 § 110. Ebenso besagt B.G.B. § 2076: Bezweckt die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht ist, den Vortheil eines Dritten, so gilt sie im Zweifel als eingetreten, wenn der Dritte die zum Eintritte der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert.

2) Vgl. l. 8 D. de condit. instit. 28, 7. Dieses Edikt bestand zur Zeit der Verrinen noch nicht. Denn in dem in Verrem, II 1 cap. 47 § 123 und 124 besprochenen Falle mußten die Erben den Prätor noch speciell um Erlaß eines Eides angehen, welcher etwas gesetzlich Verbotenes erzwingen sollte, während das Edikt die Bedingung eines jeden Eides ein für allemal erläßt. Aber auch Neratius scheint es noch nicht gekannt zu haben. l. 97 D. de cond. 35, 1. Jedenfalls war es zur Zeit Julians in Kraft. l. 12 § 2 D. de manumissis test. 40, 4. Vgl. übrigens Pernice, Labeo Bd. 3 S. 47 flg.

welchen der Honorirte, solange er lebt, zuwiderhandeln kann, sind nahezu vergebliche, da es sich erst mit dem Sterben des Honorirten entscheidet, daß die Bedingung erfüllt sei. Es gehört dahin die Bedingung, nicht wieder zu heirathen. Auf Grund der Autorität von Q. Mucius Scävola nahm man an, daß solche Bedingungen dadurch erfüllt wurden, daß der bedingt Honorirte eine Kaution stellte, wodurch er Herausgabe für den Fall der Zuwiderhandlung versprach. Das bezieht sich regelrecht nur auf Bedingungen, die sich erst mit dem Tode des Honorirten entscheiden können.[3] Die Kaution ist denen zu stellen, welchen das bedingt Zugewendete verblieben oder zugewendet wäre, wenn das Ausfallen der Bedingung von vornherein festgestanden hätte.[4] [5]

4. Letztwillige Zuwendungen unter unmöglichen oder unsittlichen Bedingungen werden wie unbedingte behandelt. Die Bedingung gilt als nicht zugefügt. Dies war die Ansicht der Sabinianer, welche in das justinianische Recht überging, während die Prokulianer die Zuwendung als nichtig ansahen.[6]

3) Die cautio Muciana wurde für Legate unter negativen Bedingungen aufgestellt, welche „morte legatariorum finiuntur“, l. 73 D. de cond. et dem. 35, 1. Sie griff daher nicht Platz, wenn dem Legatar unter der Bedingung vermacht war, etwas mit einem gewissen Dritten nicht vorzunehmen, z. B. denselben nicht zu heirathen. Denn eine solche Bedingung kann sich sehr wohl zur Zeit des Lebens des Legatars verwirklichen, nämlich durch den Tod jenes bestimmten Dritten. l. 106 D. de cond. 35, 1. Ausnahmsweise erwarb der Legatar aber auch in solchem Fall das Legat sofort gegen Leistung der Kaution, wenn es offenbar gegen die Meinung und die Zwecke des Testators wäre, daß der Legatar das Legat gerade beim Tode jener bestimmten Person erhalten solle. So in den Fällen der l. 72 pr. § 1 D. eod. Aus Gründen der Moral und der öffentlichen Sicherheit gab man ferner bei der Bedingung „si Stichum non manumisit“ dem Legatar den Anspruch auf sofortige Auszahlung gegen Stellung der cautio, da sonst eine schwere Gefährdung des Lebens des Sklaven offenbar eingetreten wäre. l. 7 pr., l. 67 D. de cond. 35, 1. Ueber die verschiedenen Ansichten siehe Vangerow Bd. 2 § 435 S. 126. — Die cautio Muciana, ursprünglich für Legate eingeführt, wurde später auch bei Erbeseinsetzungen zugelassen. l. 7 pr. D. de cond. 35, 1.

4) Nach klassischem römischen Rechte hatten die Intestaterben keinen Anspruch auf die cautio, wenn einem testamentarischen Erben ex asse eine negative Potestativbedingung aufgelegt war; es wurde vielmehr die Bedingung als unmöglich erklärt, weil Niemand da war, dem kavirt werden konnte. l. 4 § 1 D. de cond. instit. 28, 7; vgl. freilich Arndts Schriften Bd. III S. 151. Die nov. 22 cap. 4 bestimmte aber bezüglich der Bedingung des Nichtwiederverheirathens, daß auch die Intestaterben kautionsberechtigt seien. Hierin ist nicht eine Singularität zu finden, sondern die Manifestation einer veränderten Rechtsanschauung, welche allgemein maßgebend sein muß, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 395.

5) Die Regelung des B.G.B. weicht ab. § 2075 bestimmt: Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht, daß der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer etwas unterläßt oder fortgesetzt thut, so ist, wenn das Unterlassen oder das Thun lediglich in der Willkür des Bedachten liegt, im Zweifel anzunehmen, daß die Zuwendung von der auflösenden Bedingung abhängig sein soll, daß der Bedachte die Handlung vornimmt oder das Thun unterläßt.

6) Gajus, Inst. III § 98, § 10 J. de her. inst. 2, 14, l. 3, l. 6 D. de condit.

§ 84. Der Modus bei letztwilligen Verfügungen.

Der Erblasser kann Anordnungen über das treffen, was nach seinem Tode geschehen oder unterbleiben soll, ohne sie zu Bedingungen seiner Zuwendung zu erheben. Sie haben einen sehr verschiedenen rechtlichen Charakter.

a) Sie können sich als bloße Wünsche und Rathschläge ohne rechtliche Verbindungskraft — nuda praecepta — darstellen, z. B. wenn der Erblasser seinem Kinde in seinem letzten Willen einen gewissen Beruf empfiehlt. [1]

b) Sie bilden Vermächtnisse, wenn sie pekuniäre Vortheile Dritter bezwecken, und begründen dann die Vermächtnißklage, [2] z. B. der Erblasser legt dem Erben auf, einem Miether, solange er lebt, die Miethwohnung im Hause des Erblassers nicht zu kündigen.

c) In anderen Fällen gestalten sie sich zum Modus, wenn sie nicht bedingend sind und doch den Honorirten rechtlich verbinden sollen. [3] [4] Dahin sind zu rechnen Anordnungen, welche die Person und das Gedächtniß des Erblassers betreffen, z. B. Bestimmungen über seine Briefschaften oder Manuskripte, oder welche für Dritte, z. B. das Publikum,

---

et dem. 35. 1. Vgl. Hofmann, kritische Studien S. 14. Der Satz scheint aus sehr alter Zeit zu stammen. Hofmann a. a. O. nimmt an, daß ihn die Prokulianer nur für Legate, nicht für Erbeseinsetzungen in Frage stellten. Wie er sich erkläre, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander. Entweder kannte der Erblasser die Unmöglichkeit, dann ist die ganze Sache auf eine Verhöhnung des Eingesetzten angelegt, und es wurde der Zusatz gestrichen, um diesem für die Injurie eine Satisfaktion zu geben, so Hofmann a. a. O., l. 14 D. de cond. inst. 28, 7. Oder der Erblasser kannte die Unmöglichkeit nicht. Dann ist es nicht unwahrscheinlich, daß er selbst, wenn er die Sachlage gekannt, die Bedingung gestrichen hätte, namentlich wenn er durch sie nur einen Druck zu einer Handlung oder Unterlassung des Honorirten ausüben wollte. Dem B.G.B. ist der Satz unbekannt.

1) Vgl. l. 5 § 8 D. de adm. tut. 26, 7, l. 71 pr. D. de cond. 35, 1, Pernice Labeo Bd. 3 S. 1 ff.

2) l. 2 C. de his quae sub modo 6, 45. Pfaff und Hofmann, Exkurse über das östr. b. Recht Bd. 2 S. 326.

3) Letztwillige Anordnungen, die nicht bestimmte Zuwendungen enthielten, konnten ursprünglich in Rom nur in der Form der Bedingung festgemacht werden. Sonst hatten sie wohl Autorität, aber keine Verbindungskraft. Allein in der Kaiserzeit ging das Bestreben dahin, in den Fällen, in welchen der Erblasser nicht bloß rathen, sondern befehlen wollte, die Auflage auch rechtlich zu erzwingen, soweit dies mit Sittlichkeit und öffentlichen Interessen vereinbar war. l. 17 § 4 D. de cond. et dem. 35, 1. Dies spricht sich am entschiedensten in dem Schlußsatze der l. 7 D. de annuis legatis 33, 1 aus, wo im Anschlusse an die Verfügung des Erblassers, daß seine Kinder bei ihrer Mutter erzogen werden sollen, bemerkt wird: et in omnibus ubi auctoritas sola testatoris est neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est, sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci. Nimmt man an, was sehr wahrscheinlich ist, daß die letzten Worte von den Kompilatoren herrühren, so ergiebt sich gerade hieraus um so bestimmter die Absicht der justinianischen Kompilation.

4) Vgl. B.G.B. § 1940 ff.

von Wichtigkeit sind, etwa Oeffentlichkeit seiner Gemäldegalerie anordnen. Aber auch Anordnungen im Interesse des Honorirten selbst sind keineswegs immer, wie Manche behaupten, bloß unverbindliche Rathschläge. Oft nimmt der Erblasser an ihnen ein selbständiges Interesse und erhebt sie zu Befehlen. [5]

Für die Ausführung des Modus haben die Erben besorgt zu sein, welche gerade auch in dieser Hinsicht den Erblasser vertreten.

Ist der Modus einem Legatar auferlegt, so haben die Erben das Legat nur gegen Sicherstellung für Ausführung des Modus auszuzahlen, können auch auf dieselbe klagen. Miterben können gegen einander auf Vollziehung bestehen, wenn der Modus allen oder einem der Erben auferlegt ist, insbesondere dient die Theilungsklage zur Regulirung. [6] Ist der Modus freilich einem Alleinerben aufgelegt, so fehlt es im römischen Rechte an einer zur Betreibung legitimirten Person.

Doch kann die Obrigkeit interveniren, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt. [7]

Heutzutage kann der Erblasser einen Testamentsexekutor bestellen, welcher für die Vollziehung des Modus zu sorgen hat. [8]

---

5) Dieser Punkt ist besonders streitig. Anordnungen im Interesse der Honorirten selbst werden mehrfach als Beispiele für nuda praecepta erwähnt, l. 71 pr. D. h. t. 35, 1, l. 114 § 14 D. de leg. I. Wo aber der Erblasser nicht bloß rathen, sondern befehlen wollte, weil er mit der im Interesse des Honorirten getroffenen Bestimmung zugleich ein eigenes ideales Interesse verfolgte, da greift nach l. 7 D. de annuis leg. — oben Anm. 3 — dennoch rechtlicher Zwang ein. Es ist dies unter anderem auch anzunehmen, wenn der Testator verfügt hat, daß die Nutzungen der Erbschaft zum Unterhalte des Erben verwendet und daß dieselbe dem Zugriffe der Gläubiger desselben entzogen sein soll. Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 43, anders Bd. 32 n. 155. Vgl. freilich R.G. Bd. 16 S. 185, hierüber unten § 126. Einschränkend auch Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 310.

6) l. 18 § 2 D. familiae erciscundae 10, 2. Vgl. B.G.B. § 2194 Satz 1: Die Vollziehung einer Auflage können der Erbe, der Miterbe und derjenige verlangen, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zu Statten kommen würde.

7) l. 50 § 1 D. de her. pet. 5, 3. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 39. Vgl. auch B.G.B. § 2194 Satz 2: Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen.

8) Vgl. unten § 125.

Viertes Kapitel.

Die Erbeseinsetzung.

I. Die Erbeseinsetzung im Allgemeinen.

§ 85. Die Erfordernisse der Erbeseinsetzung.

Testamentserbe ist, wen der Erblasser zu seinem unmittelbaren Universalsuccessor ernennt.[1]

1. Die technische Bedeutung der Bezeichnung als Erbe ist dem Laien wenig geläufig. Ihm erscheint die Redewendung „ich vermache dem X" oder: „X soll erben" als gleichbedeutend. Bei der Auslegung der Testamente ist folglich für die Frage, ob ein Honorirter Erbe ist, weniger auf diese Ausdrücke, als auf den Sinn Gewicht zu legen, der aus der Verfügung im Ganzen spricht.[2]

2. Gültig eingesetzt werden können nur Erbfähige; die Erbschaft erwerben nur Erwerbsfähige — capaces.

Gemeinrechtlich sind alle Personen erbfähig.[3] Nur was nicht Person ist noch werden kann, ist nicht einsetzungsfähig, also z. B. Thiere oder verbotene Vereine.

Zahlreiche Klassen von Personen waren in Rom erwerbsunfähig — incapaces. In der klassischen Kaiserzeit war dies vielfach aus socialpolitischen und aus fiskalischen Gründen bestimmt.

Insbesondere waren nach der lex Papia Poppaea die caelibes und orbi, d. h. wer nicht wie das Gesetz verlangte, verheirathet und im Besitze von Kindern war, theils ganz, theils halb unfähig, aus Testamenten Fremder zu erwerben. Das ungültig Hinterlassene — das caducum — fiel in erster Linie anderen im Testamente zu Erben ernannten Personen, welche Kinder hatten, in zweiter Linie dem Fiskus anheim.[4]

Die politischen und fiskalischen Inkapacitätsgründe und die Lehre vom caducum überhaupt[5][6] sind im justinianischen Rechte beseitigt.

Das gemeine Recht kannte nur Fälle beschränkter Kapacität aus familienrechtlichen Gründen:

a) Wer eine neue Ehe eingeht, während er aus seiner früheren Descendenten

---

1) Siehe oben § 66.

2) Windscheid Bd. 3 § 546 Anm. 8 und dort Citirte. B.G.B. § 2087 Abs. 1 bestimmt: Hat der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchtheil seines Vermögens dem Bedachten zugewendet, so ist die Verfügung als Erbeinsetzung anzusehen, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist.

3) Siehe oben § 59.

4) G. Hartmann, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 5 S. 219.

5) Ueber andere Kaducitätsfälle vgl. unten § 93.

6) l. un. C. de caducis tollendis 6, 51.

hat — der parens binubus — darf dem neuen Ehegatten weder von Todeswegen noch durch Liberalitäten unter Lebenden mehr zuwenden als dem mindest bedachten — nicht undankbaren — Kinde, beziehungsweise Kindesstamme, früherer Ehe. Für die Bemessung ist die Zeit des Todes des binubus maßgebend.

Das zuviel Zugewendete wird unter die Kinder — beziehungsweise die Kindesstämme — der früheren Ehe gleich vertheilt.[7]

b) Wer legitime Descendenz hinterläßt, kann seinen unehelichen Kindern und deren Mutter zusammen nicht mehr von Todeswegen oder durch Liberalitäten unter Lebenden vermachen als ein Zwölftel seines Nachlasses. Justinian bestimmte dies für Fälle des Konkubinats,[8] die Praxis wendet es auf alle unehelichen Verhältnisse überhaupt an.[9] Das zuviel Vergebene fällt an die legitimen Erben des Erblassers.

B.G.B. hat beide Bestimmungen beseitigt.

§ 86. Ernennung von Miterben.[1]

Der Erblasser kann beliebig viele Erben ernennen, die sich in den Nachlaß zu theilen haben.

In Rom legten Erblasser und Juristen bei der Bemessung der Theile gewohnheitsmäßig die Uncialrechnung, demnach das Duodecimalsystem, zu Grunde. Der gemeinsame Nenner war also regelrecht das Zwölftel — die uncia.[2] Bei den Neueren besteht ein fester Gebrauch nicht, sie wählen beliebige Theile nach Ermessen und Willkür, namentlich auch aus dem Decimalsystem, z. B. ein Fünftel.

Der Erblasser kann den Miterben ausdrücklich Theile zuweisen — heredes cum partibus scripti; er kann auch von einer besonderen Zuweisung von Theilen absehen — heredes sine partibus scripti. Theile müssen aber auch solche Erben erhalten, sonst sind sie nicht Erben. Fehlt es an einer ausdrücklichen Vertheilung oder ist sie inkorrekt, so muß die Jurisprudenz die Theile im vermuthlichen Sinne des Testators feststellen.

1. Erben sine partibus gelten in der Regel als zu gleichen Theilen ernannt.[3]

---

7) l. 6 C. de secundis nuptiis 5, 9, nov. 22 cap. 27 und 28, Schiffner, die gesetzlichen Vermächtnisse § 57. Die zuweilen vertheidigte Ansicht, daß das zu viel Hinterlassene unter die Descendenten und den überlebenden Ehegatten zu theilen sei, ist zwar rationell, entspricht aber nicht den Quellen. Vangerow Bd. 1 zu § 227 Anm. 1 I. b.

8) Nov. 89 cap. 12. Der Konkubine allein konnte in dem Fall nur 1/24 der Erbschaft zugewendet werden.

9) So R.G. Bd. 8 S. 119. Dort findet sich die Litteratur der Frage.

1) Tit. Inst. de heredibus inst. 2, 14, Dig. 28, 5.

2) § 5 J. h. t. 2, 14. Hereditas plerumque dividitur in XII uncias, quae assis appellatione continentur: habent autem et hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem ut puta haec: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as.

Die Absicht ungleicher Vertheilung kann aber durch Verbindung — conjunctio — erklärt sein.

Die Verbindung kann sein:

a) bloß sachliche — re tantum conjunctio —, wenn mehrere Erben auf dieselbe Portion, aber in verschiedenen Sätzen eingesetzt sind, z. B.: A. soll Erbe zur Hälfte sein, mit ihm seine Frau B., der C. soll dagegen die andere Hälfte haben.

b) sachliche und zugleich sprachliche — re et verbis conjunctio —, wenn nämlich mehrere Erben in demselben Satze auf dieselbe Portion eingesetzt sind, z. B. A. und B. sollen zusammen die eine Hälfte meines Nachlasses haben, und C. die andere, oder: meine Erben sollen sein 1. A. und B. und 2. der C. [4]

c) bloß sprachliche — verbis tantum conjunctio —, wenn mehrere Erben in einem Satze genannt sind, ohne daß doch die Verbindung als sachliche erscheint, z. B. A. und B. sollen meine Erben sein, ebenso auch der C.

Sind mehrere Erben auf dieselbe Portion berufen, so gelten sie den übrigen Erben gegenüber wie Eins und erhalten bloß Theile dieser Portion. [5] Andererseits haben sie auch ein vorzugsweises Anwachsungsrecht, wenn einer der mit ihnen Zusammenberufenen wegfällt. [6]

Es macht keinen Unterschied, ob die Miterben bloß sachlich, oder ob sie sachlich und sprachlich zusammen berufen sind.

Dagegen liegt auf der Hand, daß die bloß sprachliche Verbindung nur eine Zufälligkeit ist, welche auf den Theilungsmodus keinen Einfluß haben kann.

Nur ist zu beachten, daß die Römer, welche weit raffinirter bei der Abfassung ihrer Testamente zu Werke gingen als die Neueren und die ihre Sprache mehr als Kunstprodukt ausbildeten, auch in geringen Sprachnüancen Absicht fanden, daher leichter aus der sprachlichen Verbindung eine sachliche folgerten, als in Deutschland zulässig ist. [7]

---

3) § 6 J. h. t. 2, 14. l. 9 § 12 D. h. t. 28, 5. Selbst für den Fall gilt dies in der Regel, daß der Erblasser den Erben auf ihren Erbtheil einzelne Objekte verschiedenen Werthes oder verschiedene Theile an bestimmten einzelnen Objekten zugewiesen hat. Siehe unten § 87 Ziff. 2. l. 9 § 13, l. 10, l. 35 pr. §§ 1 und 2 D. h. t. 28, 5. Uebereinstimmend B.G.B. § 2091.

4) l. 142 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 6 ad legem Juliam et Papiam: Triplici modo conjunctio intellegitur: aut enim re per se conjunctio contingit aut re et verbis aut verbis tantum, nec dubium est, quin conjuncti sint, quos et nominum et rei complexus jungit veluti „Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto“ vel ita „Titius Maeviusque heredes sunto“ . . .

5) Ebenso B.G.B. § 2093.

6) Ebenso B.G.B. § 2094 Abs. 1 Satz 2.

7) Die Römer fanden eine re et verbis conjunctio bereits in Folgendem: l. 60

Hat der Erblasser seine nächsten Intestaterben zu Erben eingesetzt, so wird die Regel gleicher Vertheilung gleichfalls regelmäßig nicht Platz greifen, sondern nach der zu vermuthenden Absicht des Erblassers der Maßstab der Intestaterbfolge.

2. Ist eine Vertheilung durch den Erblasser zwar geschehen, aber inkorrekt, so sind verschiedene Fälle zu unterscheiden:[8]

a) Er hat allen Erben Theile zugeschrieben, diese erschöpfen aber das Ganze des Nachlasses nicht. Dann wachsen die Theile nach reinem römischen Rechte verhältnißmäßig, bis das Ganze vertheilt ist.

Nach gemeinem Rechte kann dies nur dann gelten, wenn nicht ersichtlich der Rest den Intestaterben zugewendet werden sollte, die dann als stillschweigend ernannt anzusehen sind.[9]

b) Uebersteigen die zugewiesenen Theile das Ganze, so tritt in der Regel verhältnißmäßige Reduktion aller Erbtheile ein.[10] Dies leidet dann eine Ausnahme, wenn offenbar durch die späteren Ernennungen die früheren in soweit aufgehoben werden sollen, als der Betrag der ersteren reicht.[11]

c) Hat der Erblasser einigen seiner Erben ausdrücklich Theile zu-

---

§ 2 D. h. t. 28, 5. Celsus libro 16 Digestorum. „Titius heres esto: Sejus et Maevius heredes sunto.“ verum est, quod Proculo placet duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur. Sollte eine bloße verbis conjunctio angenommen werden, so bedurfte es bei solcher Wortverbindung eines Zusatzes, welcher diese Absicht markirte, l. 13 pr. D. h. t. Ulpianus libro 7 ad Sabinum: Interdum haec adjectio „aeque heredes sunto“ testatoris voluntatem exprimit ut puta „Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto“: nam haec adjectio declarat omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit, qua detracta semissem fratis filii, semissem Primus haberet. Derartige Feinheiten sind dem Sprachgebrauche heutiger Erblasser fremd. Wurde im Testament also bestimmt: „ich berufe den A. und B. zu meinen Erben, ferner den C.“, so ist hieraus derzeit eine sachliche Verbindung des A. und B. auf eine Portion nicht zu entnehmen. Ebensowenig wenn bestimmt würde: meine Brüder und X. sollen meine Erben sein. Nur für das römische, nicht aber für das heutige Recht ist der häufig — z. B. von Vangerow Bd. 2 § 449 S. 168 — gelehrte Satz richtig: Wenn einige Erben unter einem Kollektivnamen verbunden sind, so erhalten die so verbundenen nur einen Theil.

8) § 7 J. de her. inst. 2, 14, l. 13 § 2 und 3 D. de hered. inst. 28, 5, l. 3 C. de testamento militis 6, 21.

9) Uebereinstimmend B.G.B. § 2089.

10) § 7 in fine J. de her. inst. 2, 14, l. 13 §§ 4—7 D. h. t. 28, 5, B.G.B. § 2090.

11) Hat insbesondere der Erblasser Jemanden auf „seinen ganzen Nachlaß“ eingesetzt und dann noch Erben zu bestimmten Theilen berufen, so ist anzunehmen, daß mit den späteren Dispositionen die erste theilweise zurückgenommen sei, so daß der auf das Ganze Eingesetzte doch nur den Rest bekommt, gerade so, wie wenn er sine parte instituirt wäre, l. 23 pr. C. de legatis 6, 37. Vgl. übrigens Schrader, civ. Abhandl. n. 4, andererseits Vangerow Bd. 2 § 449 Anm. 3 S. 163.

gewiesen, den anderen aber nicht, so erhalten die letzteren den nichtvertheilten Rest.[12]

Es ist aber denkbar, daß der Erblasser unter die heredes cum partibus bereits den „as" vertheilt hat, ja ihn überschwerte, und doch noch weitere Erben ohne bestimmte Theile ernannte. Dann gilt, um den heredes sine partibus Raum zu schaffen, die Regel: ex asse fit dupondium; es wird also die Erbschaft zu 24 Uncien gerechnet. Modern ausgedrückt heißt dies, die Theile der heredes cum partibus werden auf die Hälfte reducirt und die heredes sine partibus erhalten die hierdurch frei gewordenen Portionen.

Sollten aber gar die den Erben cum partibus zugewiesenen Theile bereits ein dupondium überschreiten, und doch noch Erben ohne bestimmte Theile ernannt sein, so wird ein tripondium zur Rechnungsgrundlage gemacht. Man rechnet demnach so, als ergäbe die Erbschaft 36 Uncien, mit anderen Worten, die Theile der heredes cum partibus werden auf ihr Drittel reducirt. Hierdurch werden für die heredes sine partibus Theile gewonnen.[13] [14] [15]

§ 87. Erbeseinsetzung auf Einzelobjekte.[1]

I. Es kann geschehen, daß der Erblasser Jemanden zum Erben auf Einzelobjekte ernennt; das ist der heres ex re certa. Z. B. A. soll mein Erbe sein „auf mein Grundstück", oder „auf 10,000 Mark".

Rechtlich Unvereinbares ist hier zusammengekoppelt. Denn Erbe sein heißt Universalsuccessor des Erblassers, also Herr seines Gesammtvermögens werden. Was soll daneben die Erwähnung der res certa?

Ist sie bloß Hervorhebung des erheblichsten Bestandtheiles des Nach-

---

12) Ebenso B.G.B. § 2092 Abs. 1.

13) § 6 J. de hered. inst. 2, 14, l. 17 §§ 3—5, l. 18 D. de hered. inst. 28, 5.

14) B.G.B. § 2092 Abs. 2 bestimmt dagegen: Erschöpfen die bestimmten Bruchtheile die Erbschaft, so tritt eine verhältnißmäßige Minderung der Bruchtheile in der Weise ein, daß jeder der ohne Bruchtheile eingesetzten Erben so viel erhält wie der mit dem geringsten Bruchtheile bedachte Erbe.

15) Ist Jemand freilich ausdrücklich auf den „überbleibenden" Theil eingesetzt und bleibt kein Theil übrig, so erhält er nichts, l. 17 § 3, l. 79 § 3, l. 80 D. de her. inst. 28, 5.

1) Das Hauptwerk ist von Neuner: die heredis institutio ex re certa 1853. Dort findet sich die ältere Litteratur. Neuere Abhandlungen sind: Padeletti, d. L. v. d. Erbeinsetzung ex re certa 1870; Kuntze, über die Erbeinsetzung ex re certa auf bestimmte Nachlaßstücke 1875; Schwing, z. L. von der heredis institutio ex re certa 1875. Vgl. noch Vangerow Bd. 2 § 449 Anm. 2, Brinz Bd. 3 S. 73. Nach B.G.B. ist bei einer Einsetzung auf Einzelobjekte ein Vermächtniß anzunehmen. Vgl. § 2087 Abs. 2.

lasses, so ist sie überflüssig. Soll darin eine Beschränkung des Erben liegen, so enthält sie einen juristischen und logischen Widersinn.[2]

Als den Römern derartiges vorkam, erklärten sie, daß der Eingesetzte doch trotz des Zusatzes Erbe sei. Insofern wird der Zusatz wie nicht vorhanden betrachtet.[3]

Falls aber in dem Zusatz indirekt eine Verfügung des Erblassers zu Gunsten Dritter lag, die sich insbesondere nach den Grundsätzen der Fideikommisse erhalten ließ, bekam er doch wieder eine rechtliche Bedeutung, und zwar nach Verschiedenheit der Fälle eine sehr verschiedene.

1. Ein einziger Erbe ist eingesetzt, und zwar auf eine bestimmte Sache. Er gilt trotzdem als normaler Erbe.[4]

Der Zusatz ist unjuristisch und unverständig und ohne jede Folge, wenn er nicht zu Gunsten bestimmter Dritter gemacht ist.

Enthält er aber eine Beschränkung des eingesetzten Erben zu Gunsten Dritter, was aus dem Verhältnisse zu früheren Dispositionen des Erblassers oder auch sonst erhellen kann, so liegt darin indirekt die Anordnung eines Universalfideikommisses für jene Dritte,[5] so daß der heres ex re certa hier doch nur die specielle Sache, beziehungsweise die Falcidische Quart behält.[6]

2. Der Erblasser hat mehrere Erben ernannt, und zwar jeden auf bestimmte Objekte.[7]

Sie alle sind rechte Erben. Und zwar gelten sie im Zweifel als zu gleichen Erbschaftstheilen eingesetzt, wonach sich ihre Verpflichtung den Erbschaftsgläubigern

---

2) Dies leugnet freilich Kuntze a. a. O. Nach ihm ist die heredis institutio ex re certa die normale röm. Erbeinsetzung der Urzeit, welche erst allmählich durch das System abstrakter Erbeinsetzung verdrängt wurde. Mit Recht haben sich gegen diese Auffassung alle Späteren erklärt, neuerdings Hofmann, krit. Studien S. 152. Den Römern war das Primitive die Repräsentation des Erblassers u. des Hauses.

3) Die Aufrechterhaltung der Erbenqualität „detracta rei mentione" geht meines Ermessens auf Sabinus zurück. l. 9 § 13 D. de hered. inst. 28, 5. Aquilius Gallus respondirte nach l. 75 D. de hered. inst. 28, 5 bezüglich eines Falles, in welchem der Erbe „excepto fundo" eingesetzt war. Das ist nach richtiger Ansicht keine heredis institutio ex re certa.

4) Ulpianus libro 1 ad Sabinum. l. 1 § 4 D. de her. inst. 28, 5: Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.

5) l. 30 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Marcianus libro 4 institutionum: Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt, cujus constitutionis verba retuli, cum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt: „Imperatores Severus et Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet" et hoc ita intellegendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.

6) Mandry, Arch. f. civ. Praxis Bd. 51 n. 5.

7) l. 35, l. 79 pr. D. h. t. 28, 5.

und Vermächtnißnehmern gegenüber regelt.[8] Die Anweisung der bestimmten Sachen hat hier die Bedeutung, daß sie bei der Theilung der Erbschaft jedem der Erben auf seine Erbschaftsportion zuzuweisen sind. Ferner aber, daß sie, soweit sie bei einzelnen Erben ihre Erbschaftsportion übersteigen, Vorvermächtnisse bilden.

Dem Theilungsrichter liegt die Zuweisung und Adjudikation nach Anordnung des Erblassers ob.[9]

3. Ein Erbe oder einige sind richtig, daneben aber ein Erbe oder mehrere Erben auf bestimmte Objekte eingesetzt.

Dann liegt die Absicht klar zu Tage, die Erben ex re certa auf die Einzelsache zu beschränken.

Das suchte Justinian direkt zu verwirklichen.[10]

Deshalb sollen die richtig eingesetzten Erben, wenn sie antreten, allein die Rechte und Pflichten der Erben haben; der heres ex re certa ist weder aktiv noch passiv an den Erbschaftsklagen betheiligt, er steht von Rechtswegen, wie wenn er die Erbschaft ex Trebelliano seinen Miterben restituirt hätte, und behält nur die zugewiesene Sache wie ein Legatar. Vom Erben hat er dann nur den Namen.[11]

Dagegen kommt seine Eigenschaft als Erbe zur vollen Geltung, wenn die neben ihm richtig eingesetzten Erben die Erbschaft nicht erwerben. Denn nur zu deren Gunsten war er beschränkt. Daher ist der heres ex re certa dann so Erbe, wie wenn er nicht bloß auf die bestimmte Sache ernannt wäre.[12]

II. Die römische Lehre der institutio ex re certa ist dem B.G.B. fremd.[13]

II. Substitutionen.

§ 88. 1. Vulgarsubstitution.

Substitution ist letztwillige Ernennung eines Ersatzerben für einen in erster Linie ernannten Honorirten. Ihre Fälle und Wirkungen

8) l. 10, l. 11, l. 9 § 13 D. de her. inst. 28, 5, oben § 86 Anm. 3.

9) Die Zuwendungen galten als Legate, da sie durch das judicium familiae erciscundae verwirklicht wurden, l. 35 § 1, l. 79 pr. D. h. t. 28, 5 und nicht als Fideikommisse extra ordinem durch die Magistrate.

10) Zu diesem Zweck hat Justinian in der berühmten und vielumstrittenen l. 13 C. de heredibus inst. 6, 24 verordnet: Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

11) Selbst Anspruch auf quarta Trebelliana hat der heres ex re certa in diesem Falle nicht. Neuner a. a. O. S. 464; Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 157. A. M. Vangerow Bd. 2 § 449 S. 157.

12) Fällt von den richtig Eingesetzten nur einer hinweg, so tritt das Anwachsungsrecht nur zu Gunsten der übrig bleibenden richtig Eingesetzten ein, Seuff. Arch. Bd. 54 Nr. 92.

13) Strohal, Erbrecht S. 87.

sind derart verschieden, daß eine konkretere gemeinsame Definition der Substitution unmöglich ist.

Substitutionen sind zunächst und im Zweifel Erbeseinsetzungen, doch auch bei Vermächtnissen kamen sie in Aufnahme.[1]

Gemeine oder Vulgarsubstitution ist die Ernennung eines Substituten zum Erben für den Fall, daß der zunächst gewollte Erbe — der Institut — nicht Erbe wird.[2] Da in Rom die Erblasser eifrigst darauf bedacht waren, testamentarisch beerbt zu werden, so war diese Art der Substitution ganz gewöhnlich; daher der Name. Weitere Substitutionen konnten sich beliebig anschließen. Auch hiervon machte man in Rom reichlichen Gebrauch. In dem inschriftlich erhaltenen Testamente des Dasumius finden sich 6 Grade von Erben.[3]

Häufig war in der klassischen Kaiserzeit substitutio reciproca, d. h. gegenseitige Substitution der Miterben.[4] Wenn nämlich ein Miterbe ausfiel, so trat damals in der Regel nicht Anwachsung an die Miterben ein, sondern Behandlung als caducum. Dem begegnete man durch die gegenseitige Substitution.[5] Wechselseitig substituirte Miterben gelten als zu denselben Portionen substituirt, zu denen sie instituirt sind.[6]

Natürlich sind auch heutzutage reciproke Substitutionen möglich; häufig sind sie nicht.

Die Vulgarsubstitution ist:

1. Erbeseinsetzung. Daher nennt man den Instituten den Erben des ersten, den ihm substituirten des zweiten Grades, und zählt weitere Grade bei weiteren Substituten.[7]

Alle Erfordernisse der Erbeseinsetzung gelten auch für die Vulgarsubstitution.

Hat der Erblasser „seine Erben" als solche mit Vermächtnissen

---

1) Vgl. l. 50 pr. de leg. II.

2) Tit. Inst. de vulgari substitutione 2, 15, Dig. de vulgari et pupillari substitutione 28, 6. Cod. de impuberum et de aliis substitutionibus 6, 26. Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 248. B.G.B. § 2096: Ersatzerbe.

3) Bruns, fontes 6. Aufl. S. 270; Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 301.

4) Solche Substitution geschah oft durch eine kurze Klausel, z. B. „eosque invicem substituo" und noch kürzer l. 37 § 1 D. de her. inst. 28, 5. Die Neueren sprechen dann von einer substitutio compendiosa oder breviloqua.

5) Dies hebt ausdrücklich hervor l. un. § 1 a. C. de caducis tollendis 6, 51. Vgl. unten § 92.

6) l. 1 C. h. t. 6, 26, l. 5, l. 41 § 1 D. h. t. 28, 6, B.G.B. § 2098 Abs. 1. Ueber den Fall, daß den Miterben Nichterben als Substituten beigefügt sind, vgl. l. 32 D. h. t. 28, 6.

7) l. 1 pr. D. h. t. 28, 6. Modestinus libro 2 pandectarum: Heredes aut instituti dicuntur aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio.

oder Auflagen beschwert, so trifft dies selbstverständlich auch die Substituten, falls sie in Folge des Eintritts des Substitutionsfalls seine Erben wurden. Aber nach einer Konstitution von Severus gelten auch die persönlich — nominatim — dem Instituten aufgelegten Vermächtnisse als stillschweigend vom Substituten wiederholt,[8] da anzunehmen ist, daß der Erblasser, was er dem zunächst von ihm Begünstigten auflegte, um so gewisser durch den in zweiter Linie stehenden entrichtet haben wollte. Diese Vermuthung greift jedoch nicht ein, wenn sie der Fassung des Testamentes oder der besonderen Natur der Last widerspricht.[9]

2. Die Vulgarsubstitution ist bedingte Erbeseinsetzung, abhängig davon, daß der Institut nicht Erbe wird. Solange dies in der Schwebe bleibt, ist der Substitut noch nicht berufen. Er muß daher den Wegfall des Instituten erleben, wenn sich seine Substitution verwirklichen soll.[10]

Die Bedingung der Substitution fällt aus, sowie der Institut Erbe wird. Dies ändert sich nicht, wenn derselbe unmittelbar nach dem Erwerbe der Erbschaft verstirbt, ohne einen Erben zu hinterlassen.[11]

Die Bedingung der Substitution ist eingetreten sowohl dann, wenn der Institut nicht erben kann. insbesondere weil er vor dem Antritt verstarb, wie auch dann, wenn er nicht Erbe sein will. So ist es im Zweifel selbst, wenn der Erblasser bei der Fassung der Substitution nur den einen der beiden Fälle ausgedrückt hat. Denn hierin liegt in der Regel nur eine unvollkommene Redaktion und keineswegs die Absicht, für die es meist an einem rationellen Grunde fehlen würde, die Substitution auf den allein ausgedrückten Fall zu beschränken.[12]

---

8) l. 74 D. de leg. I, l. 61 § 1 D. de leg. II, l. 4 C. ad S. C. Trebellianum 6, 49; siehe ferner l. 82 § 1 D. de leg. II, l. 77 § 15 D. eod. Arndts bei Glück Bd. 47 S. 266, oben Bd. 3 § 78 Anm. 8. Ueber eine hierher gehörige Streitfrage siehe unten § 92 Anm. 5.

9) l. 74 D. de leg. I. Ulpianus libro 4 disputationum ... quid enim si aliam rem reliquit a substituto ei fideicommissario vel legatario quam ab instituto non reliquerat? vel quid si certa causa fuit cur ab instituto relinqueret quae in substituto cessaret? vel quid si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum?

10) Dies nahm man selbst bei der substitutio reciproca an, wenn der seinem Miterben Substituirte seinen Theil erworben hatte. Zwar erwarb er dann die ihm später zukommende Substitutionsportion zu der eigenen ohne Willensentschluß, dennoch mußte er den Ausfall des Miterben, also seine Berufung zur Substitutionsportion erlebt haben. Es sind das recht subtile, aber folgerechte Rechtssätze, l. 81 D. de a. vel o. her. 29, 2. Ulpianus libro 13 ad legem Juliam et Papiam: Totiens videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse quotiens adquirere sibi possit: nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem. So auch l. 9 D. de suis et legitimis 38, 16. Ueber die l. 23 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 vgl. Archiv f. civ. Pr. Bd. 65 S. 462 ff.

11) l. 5 C. h. t. 6, 26.

12) Die Scholastiker bezeichneten den Fall, daß der Institut nicht erben will,

Es giebt Fälle, in denen der Vulgarsubstitut berufen wird, trotzdem der Institut Erbe geworden ist. Dies insbesondere, wenn derselbe nothwendiger Erbe des Testators wurde, aber abstinirte; ferner, wenn er sich gegen den Antritt restituiren ließ,[13] endlich nach heutigem Rechte, wenn der Institut unwürdig ist.

Andererseits wird der Substitut in der Regel nicht berufen, trotzdem der Institut verstirbt ohne Erbe geworden zu sein, wenn ein Anderer an dessen Stelle in Folge s. g. Transmission erwirbt. Natürlich kann aber der Erblasser den Substituten dem Transmissar durch besondere Bestimmung vorziehen.[14]

3. Ist B. seinem Miterben A. substituirt und C. dem B., so gilt C. als auf beide Portionen substituirt, erhält also, wenn A. und B. fortfallen, sowohl die Institutionsportion des B., als dessen Substitutionsportion.[15] Das drückt man durch die Regel aus „substitutus substituto est substitutus instituto". Damit wird freilich die Sache nicht klarer.

§ 89. 2. Die Pupillarsubstitution.[1]

I. Der Vater kann seinem unmündigen Hauskinde in zweifacher Weise substituiren, nämlich einmal vulgariter, also für den Fall, daß das Kind sein Erbe nicht wird, und außerdem, damit verbunden oder allein pupillariter, d. h. für den Fall, daß es ihn überlebt, aber in den Jahren der Unmündigkeit verstirbt.[2] —

Die Pupillarsubstitution war eine Schöpfung der Sitte in den letzten Zeiten der Republik. Starke Impulse drängten auf sie hin, nicht bloß die Unvollkommenheit der alten gesetzlichen Intestaterbfolge, nach welcher leicht entfernte Agnaten und die Gentilen den Nachlaß des Kindes trotz des Vorhandenseins nächster Verwandter desselben erlangten. Man glaubte auch das Leben des Kindes gegen Frevel zu sichern,

als casus „noluntatis", und den, wenn er nicht Erbe werden kann, als casus „impotentiae". Den Schluß der herrschenden Meinung — Windscheid Bd. 3 § 557 Anm. 5 — von dem einen auf das andere verwirft Mühlenbruch a. a. O. S. 301 ohne guten Grund. Wie hier B.G.B. § 2097.

13) l. 44 D. de re judicata 42, 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 360. Das römische Indignitätsrecht siehe in l. 15 pr. D. de S. C. Silaniano 29, 5.

14) Vgl. Hofmann, kritische Studien S. 25 und dort Citirte.

15) § 3 J. h. t. 2, 15, l. 27, l. 41 pr. D. h. t. 28, 6.

1) Tit. Inst. de pupillari substitutione 2, 16; Dig. de vulgari et pupillari substitutione 28, 6; Cod. de impuberum et de aliis substit. 6, 26; Keller, Institutionen S. 265; Vangerow § 452, Pietak, z. L. v. d. Pupillarsubstitution im Archiv für civ. Praxis Bd. 58 n. 12, Bd. 59 n. 1.

2) Ulpian. fragm. Tit. XXIII § 7. Liberis impuberibus in potestate manentibus tam natis quam postumis heredes substituere parentes possunt duplici modo, id est aut eo, quo extraneis, ut, si heredes non extiterint liberi, substitutus heres fiat, aut proprio jure, ut, si post mortem parentis heredes facti intra pubertatem decesserint, substitutus heres fiat, l. 1 § 1 D. h. t. 28, 6, Gajus, Inst. II § 181.

wenn man dessen Erben in verschlossenen, wohlverwahrten Testamentsurkunden ernannte und dadurch ungewiß machte, wer im Falle der Wegräumung des Kindes dessen Erbe würde.[3]

Freilich waren erhebliche juristische Schwierigkeiten zu überwinden.

Anfänglich betrachtete man den Pupillarsubstituten einfach als Erben des Vaters, der ihn ernannte.[4] Zwar erhält der Pupillarsubstitut die Erbschaft des Kindes; doch glaubte man dessen Nachlaß als identisch mit dem des Vaters ansehen zu können, was er ja thatsächlich in vielen Fällen auch war. Aber diese Auffassung ließ sich nicht festhalten. Sie stand in Widerspruch mit der Regel semel heres semper heres, wenn das Kind seinen Vater beerbt hatte und in den Jahren der Unmündigkeit verstarb. Noch unhaltbarer war sie, wenn sich das Kind von der väterlichen Erbschaft abstinirt hatte oder gar vom Vater exheredirt war, aber aus anderen Quellen, z. B. von seiner Mutter nach des Vaters Tode Vermögen erworben hatte, in welches der Pupillarsubstitut succedirte.

II. Daher wendete man sich in der klassischen Kaiserzeit der Ansicht zu, ein Testament werde über zwei Erbschaften gemacht, die des Vaters und die des Kindes;[5] der Pupillarsubstitut werde also Erbe des Kindes. Der Vater errichtet das Testament aus eigenem Rechte, keineswegs als Vertreter des Kindes, und er verfügt doch über die Erbschaft des Kindes. Das sind Gedanken, welche sich keineswegs harmonisch zusammenfügen.

1. Die Pupillarsubstitution ist Bestandtheil des väterlichen Testamentes. Sie muß mit diesem solennisirt werden, wenn sie auch in einer besonders verschlossenen Urkunde — den secundae tabulae — niedergeschrieben ist. Nothwendig muß also der Vater auch für sich ein Testament machen, also sich einen Erben ernennen, wenn er eine Pupillarsubstitution anordnen will. Dieser Erbe kann sein unmündiges Kind sein, nicht minder aber ein Anderer.

Ferner fällt mit dem Testamente des Vaters nothwendig auch die Pupillarsubstitution dahin, insbesondere auch dann, wenn Niemand die väterliche Erbschaft antritt.[6] [7]

---

3) Gajus, Inst. II § 181.

4) Dies nehmen die bei weitem meisten Neueren an, vgl. u. A. Vangerow Bd. 2 § 452. Mit Unrecht hat sich Pietak a. a. O. Bd. 58 S. 378 hiergegen erklärt. Daß man den Pupillarsubstituten ursprünglich als Erben des Vaters betrachtete, ergiebt sich aus der gewöhnlich angewendeten Formel l. 1 § 1 D. h. t. 28, 6 „si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit tunc Gajus Sejus heres mihi esto“, Cicero de inventione cap. 42, de oratore II cap. 32. Die ältere Ansicht ist noch vertreten in der bekannten l. 28 D. de rebus auctoritate judicis 42, 5, von Javolenus libro 1 epistularum, dessen Ausführung auf dem Grundgedanken ruht „hereditas et patris et filii una est“. Anders l. 42 D. de a. vel o. her. 29, 2.

5) Gajus, Inst. II § 180 deutet auf verschiedene Erklärungsversuche hin: quamobrem duo quodammodo sunt testamenta: aliud patris aliud filii tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum. Ulpian formulirte mit Vorliebe den Satz „unum testamentum alia atque alia hereditas est“ l. 2 § 2 D. de her. vel a. vend. 18, 4, l. 2 § 4 D. h. t. 28, 6.

6) § 5 J. h. t. 2, 16.

7) Wer nothwendiger Erbe des Vaters ist, erwirbt auch die ihm deferirte Pupillarsubstitution von Rechtswegen, l. 2 § 4 D. h. t. 28, 6, und wer zugleich als Erbe des Vaters und als Pupillarsubstitut eingesetzt ist, wird, wenn er die Erbschaft de

Selbst die Konsequenz hat man nicht gescheut, daß der Vater die Personen nicht honoriren muß, welche, wie namentlich die Mutter des Kindes, diesem gegenüber pflichttheilsberechtigt wären. Denn der Vater ist Pflichttheilserben des Kindes nicht verpflichtet.[8] Ebensowenig muß der Vater bezüglich des Nachlasses des Kindes die eigenen Pflichttheilserben berücksichtigen; denn diese haben auf denselben kein Recht.

Mit Vermächtnissen kann der Vater den Pupillarsubstituten nur in soweit beschweren, als der eigene Nachlaß zur Zeit seines Todes reicht — pater de suo legat —.[9]

2. Der Pupillarsubstitut ist im entwickelten Rechte Erbe des Kindes.[10]

Er erwirbt den Nachlaß des Kindes mit dessen Tode, ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe Erbe des Vaters wurde, und zwar in dem Umfange, den der Nachlaß jetzt hat.[11]

III. Die Pupillarsubstitution wird kraftlos:

1. wenn das Kind im Augenblicke des Todes des Vaters nicht in dessen — unmittelbarer — Gewalt steht.[12] [13]

2. Wenn das Kind die Jahre der Unmündigkeit überlebt.[14]

IV. Pupillar- und Vulgarsubstitutionen bezüglich unmündiger Hauskinder wurden in Rom ganz gewöhnlich verbunden. Daher schloß man von einem auf das andere, auch wenn der Erblasser wörtlich nur die eine Substitutionsart hervorgehoben hatte.[15]

Vaters angetreten hat, nothwendig auch Erbe des Kindes, l. 59 D. de a. vel o. her. 29, 2. Das Nähere entwickelt Vangerow Bd. 2 § 454.

8) l. 8 § 5 D. de inofficioso test. 5, 2 und hiernach cap. 1 de testamentis in 6to 3, 11. Vangerow Bd. 2 § 453. Schröder, Notherbenrecht Bd. 1 S. 566.

9) l. 11 § 5, l. 87 § 5 D. ad leg. Falc. 35, 2.

10) Pietak a. a. O. Bd. 58 S. 378 und die dort citirten Belegstellen.

11) l. 10 § 5 D. h. t. 28, 6. Ulpianus libro 4 ad Sabinum: Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obvenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et exheredato substituere quis possit.

12) l. 41 § 2 D. h. t. 28, 6.

13) Nach römischem Rechte konnte der Großvater den Enkeln in der Gewalt substituiren für den Fall, daß sie bei seinem Tode nicht in die Gewalt ihres Vaters fielen, l. 2 pr. D. h. t. 28, 6.

14) l. 14 D. h. t. 28, 6. Natürlich kann der Testator auch eine kürzere Zeit als die Mündigkeit festsetzen, l. 21 D. eod.

15) Die s. g. substitutio vulgaris und pupillaris tacita gehört zu den am meisten besprochenen Fragen des gemeinen Rechts. Vielleicht wären manche Zweifel nicht hervorgetreten, wenn man scharf römisches und gemeines Recht auseinandergehalten hätte. — Ob man aus einer Pupillarsubstitution auf eine Vulgarsubstitution schließen dürfe, war schon im Jahre 661 der Stadt in dem berühmten judicium Curianum verhandelt worden. Es hatte nämlich ein gewisser Coponius testirt: Post mortem meam si mihi postumus nascitur in mensibus proximis heres mihi esto. si moriatur antequam in suam tutelam venerit, M. Curius mihi heres esto. Der von Coponius so bestimmt erwartete Sohn erschien nicht, und es erhob sich nach seinem Tode ein Prozeß zwischen seinen Intestaterben und dem Curius, der den Erbschaftsbesitz erlangt hatte. Der letztere siegte, wie es scheint, so daß die Centumvirn die Vulgarsubstitution als in der pupillarischen enthalten erachteten. Cicero de oratore I. cap. 39, II. cap. 32, Brutus cap. 53; W. Munzinger, causa Curiana 1865; A. Schneider, die drei Scävola 1879. Mit diesem Präjudiz war freilich die Frage noch nicht endgültig entschieden. Doch stellte sich in der Kaiserzeit als Regel fest, daß von der einen auf die andere Substitution zu schließen sei, l. 4

Im gemeinen Rechte dagegen ist Anordnung einer Pupillarsubstitution und Verbindung derselben mit der Vulgarsubstitution äußerst ungewöhnlich. Daher ist es unzulässig, von der einen Substitution auf die andere zu schließen, insbesondere von einer Vulgar- auf eine Pupillarsubstitution. Man würde damit dem Testator einen Gedanken unterschieben, von dem er in der Regel auch entfernt nichts ahnt.[16] [17]

V. B.G.B. hat die Pupillarsubstitution beseitigt.

§ 90. 3. Die Quasipupillarsubstitution.[1]

I. Das Recht, seinem geisteskranken oder sonst natürlicher Weise testirunfähigen Kinde ein Testament zu machen, konnte schon nach klassischem Rechte der Vater durch Privileg des Regenten erlangen.[2]

Durch ein Gesetz Justinians erhielt aber jeder Ascendent ohne weiteres die Befugniß, seinen geisteskranken Descendenten zu substituiren, wenn er ihnen den Pflichttheil hinterläßt.[3] Doch hat er zuerst unter dessen geistig gesunden Descendenten und dann unter dessen gesunden Geschwistern zu wählen.[4]

Sehr streitig ist die rechtliche Natur dieser Substitution.

Denn die Einen sehen in ihr eine fideikommissarische auf das, was der Testator dem Geisteskranken hinterläßt, so daß die gesetzliche Begünstigung nur in der freien Substitution bezüglich des Pflichttheils des Geisteskranken läge.[5]

Die Anderen betrachten diese Substitution als eine der pupillarischen analoge auf den ganzen Nachlaß des Geisteskranken.[6]

Hierfür sprechen die überwiegenden Gründe. Denn auch das schon vordem er-

---

pr. § 1 D. h. t. 28, 6. Natürlich tritt die Vermuthung aber nicht ein, wo ihr Indicien eines entgegengesetzten Willens entgegenstehen, l. 4 § 2 cit., l. 2, l. 4 C. h. t. 6, 26. Siehe das Nähere bei Herbert Pernice in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 n. 7, Vangerow Bd. 2 § 451 Anm. 1 und § 453 Anm. 1.

16) Anders Wendt, Pand. § 347 a. E.

17) Es ist noch hervorzuheben, daß nach der herrschenden Lehre die Regel „substitutus substituto est substitutus instituto“ — vgl. oben § 88 Anm. 15 — auf Pupillarsubstitutionen keine Anwendung findet. Wenn also der Erblasser seinen Sohn zum Erben einsetzt, dem Sohne seine Tochter pupillariter substituirt und dieser Tochter wiederum einen Dritten, so wird dem letzteren nichts deferirt, wenn zuerst die Tochter und dann der Sohn in der Zeit der Unmündigkeit versterben. Hierfür führt man l. 47 D. h. t. 28, 6 an. Vangerow Bd. 2 § 453 Anm. 2. Doch ist die Auslegung der l. 47 cit. bestritten. Löhr im Arch. f. c. Pr. Bd. 9 S. 115.

1) Osk. Cohn, die Quasi-Pupillarsubstitution 1892.

2) l. 43 pr. D. de vulg. et pupillari subst. 28, 6.

3) l. 9 C. de impuberum et aliis substitutionibus 6, 26 aus dem Jahre 528, § 1 J. de pupillari subst. 2, 16, vgl. l. 7 § 1b, § 8 C. de cur. fur. 5, 70.

4) Das Gesetz will seinem Wortlaut nach — § 1 — nur diejenigen Geschwister des Geisteskranken bevorzugt haben, welche vom Testator stammen. Das war aber nur der Fall, welcher dem Gesetzgeber als nächstliegender vorschwebte. Auch andere Geschwister des Geisteskranken haben gleiche Rechte.

5) Hierfür Unterholzner im Archiv für civ. Praxis Bd. 2 n. 5, Löhr daselbst Bd. 5 n. 3 und eindringlich Vangerow Bd. 2 § 456. Dem Resultate nach übereinstimmend Cohn a. a. O. S. 51.

6) Vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 475, Bd. 41 S. 1, und die bei Arndts § 499 Citirten, sowie Seuff. Arch. Bd. 47 n. 278 (oberst. L.G. f. Bayern). Vgl. auch R.G. Bd. 37 S. 192.

theilte Privilegium ging auf ein Testament für den Geisteskranken. Als nun das Privilegium durch Gesetz verallgemeinert wurde, wird Gleiches beabsichtigt gewesen sein. Auch giebt die Aufnahme der Verordnung in die Titel des Codex über Erbeinsetzungen und Erbsubstitutionen einen Fingerzeig nach derselben Richtung hin. Endlich aber wird diese Substitution ausdrücklich in den Quellen als quasipupillarische bezeichnet. Das wäre sehr inkorrekt, wenn sie nicht wie die pupillarische in der Ernennung eines Erben für das Kind bestünde. Doch ist um deswillen keineswegs anzunehmen, daß der Ascendent sich auch selbst einen Erben ernennen müsse. Denn dies war eine nur historisch zu erklärende, aus inneren Gründen nicht zu rechtfertigende Eigenheit der Pupillarsubstitution, die nicht zu übertragen ist.[7]

Freilich entsteht nach unserer Auffassung das Bedenken, daß mehrere Ascendenten selbständig dem Geisteskranken Testamente errichten können und daß es an einer Gesetzesnorm fehlt, um das Verhältniß solcher verschiedenen Testamente zu bestimmen. Indessen seit der Zeit der Postglossatoren giebt man dem Testamente des Vaters den Vorzug, in dessen Ermangelung dem der Mutter. Das entspricht der Natur des Verhältnisses und löst die Schwierigkeiten, welche sich in der praktischen Handhabung ergeben könnten.[8]

Wird der Descendent testirfähig, oder gewinnt er legitime Descendenten, so verliert das auf Grund Privilegiums oder Gesetzes errichtete Testament seiner Ascendenten seine Kraft.

II. B.G.B. hat auch die Quasipupillarsubstitution beseitigt.

III. Das Anwachsungsrecht.[1]

§ 91. Das Allgemeine des Anwachsungsrechtes.

Anwachsung — Akkrescenz — kommt bei Miterben jeder Art vor, mögen sie durch Testament oder Gesetz berufen sein. Gleichwohl ist es zweckmäßig, sie im Allgemeinen beim Testamentsrechte zu behandeln und das für die Intestaterbschaft besonders Geltende bei dieser nachzutragen.[2]

Von Anwachsung ist in den Quellen überall die Rede, wo ein Miterbe zu einer Portion der Erbschaft noch eine andere erhält.[3] Dies also auch, wo es in Folge eines selbständigen Berufungsgrundes geschieht, z. B.

7) So auch Löhr im Archiv f. civ. Praxis Bd. 5 S. 112, dagegen Windscheid § 560 Anm. 4.

8) Eine besondere Ansicht vertritt Haimberger im Arch. f. c. Pr. Bd. 12 n. 18.

1) Baumeister, d. Anwachsungsrecht u. Miterben 1829; Mayer, d. Recht d. Anwachsung bei Erbrecht und Legaten 1835; Rudorff, über die caducorum vindicatio in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 6 n. 6; Fitting, z. L. v. Anwachsungsrecht im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 n. 9; Krieg, Delation der Erbschaft im Fall einer Todtgeburt 1876; Strohal, Transmission pendente condicione 1879 S. 90; Hofmann, krit. Studien n. 3, 5.

2) Gewöhnlich wird die Akkrescenz in die Lehre vom Erwerb der Erbschaft gestellt. So von Arndts § 518, Windscheid Bd. 3 §§ 603 und 604. Dieser Standpunkt ist nicht richtig. Das Recht auf die Erbschaft wächst, die Berufung wächst, um deswillen vergrößert sich auch das Erworbene.

3) Dies hat Brinz Bd. 3 S. 167 besonders betont.

wenn ein zu einem Theile unbedingt und zu einem anderen bedingt eingesetzter Erbe durch Eintritt der Bedingung zu seiner unbedingten die bedingte Portion erwirbt.[4]

Ein besonderes Rechtsinstitut ist jedoch nur solche Akkrescenz, welche aus dem Wesen des Verhältnisses von Miterben folgt.

Wir bezeichnen daher als Akkrescenz im engeren Sinne den Fall, daß sich die Portion eines Miterben durch eine andere frei werdende Portion in Folge des Miterbenverhältnisses vergrößert.

Von solcher Akkrescenz will man in der Regel nur reden, wenn dem Miterben seine Portion — die Urportion — bereits deferirt oder gar bereits erworben war, und wenn ihm nunmehr eine zweite Portion dadurch, daß sie frei wird, anwächst. Aber der Fall ist nach seinen wesentlichen Eigenthümlichkeiten derselbe, wenn sich die einem Testamentserben zunächst zugetheilte Portion bei Lebzeiten des Erblassers durch Erledigung anderer Portionen vergrößert, sei es, daß der Miteingesetzte von vornherein ungültig ernannt war, z. B. weil er zur Zeit der Testamentserrichtung bereits verstorben war, sei es, daß derselbe zwar rechtsgültig ernannt war, aber vor dem Erblasser starb.[5] Denn der Grund aller dieser Fälle der Akkrescenz liegt darin, daß jeder Miterbe, wenn er auch zunächst nur auf einen Theil eingesetzt ist, von selbst und nothwendig eventuell Rechtsnachfolger auf den gesammten Nachlaß ist.[6]

Und dies wiederum erklärt sich daraus, daß der Zweck und Grundgedanke der Beerbung eine vollständige Repräsentation des Erblassers fordert.

Daher tritt die Akkrescenz nothwendig ein:

a) auch gegen den Willen des Erblassers. So wenig derselbe seine Beerbung überhaupt ausschließen kann, so wenig kann er sie endgültig auf eine bloße Quote des Nachlasses beschränken.[7] Wohl aber

4) l. 6 C. de impuberum et aliis substit. 6, 26 und die bei Brinz a. a. O. angeführten Stellen.

5) So auch B.G.B. § 2094 Abs. 1 Satz 1: Sind mehrere Erben in der Weise eingesetzt, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen, und fällt einer der Erben vor oder nach dem Eintritte des Erbfalls weg, so wächst dessen Erbtheil den übrigen Erben nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile an.

6) Ueber die richtige Formulirung des Grundgedankens streiten die Neueren. Die verschiedenen Ansichten stellt zusammen Hofmann, kritische Studien S. 65. Gegen die Auffassung, daß die Miterben eventuell auf das Ganze berufen seien, welche die faßlichste und einfachste ist, hat man eingewendet, „eventuell" sei soviel als „bedingt". Als bedingt berufen werde aber der Akkrescenzerbe nicht behandelt. Es handelt sich indessen nicht um eine Bedingung im engeren Sinne, sondern bloß um eine s. g. condicio juris.

kann er ihren Eintritt dadurch verhüten, daß er durch Substitutionen dafür sorgt, daß keine Portionen vakant werden. Denn Substitutionen wie auch Transmissionen gehen der Akkrescenz vor.[8]

Ferner kann der Erblasser die Akkrescenz bis zu einem gewissen Grade nach seinem Willen reguliren, indem er einzelnen Erben ein engeres Akkrescenzrecht verleiht.

b) Die Akkrescenz ist nicht minder eine Nothwendigkeit für den Erben.

Sie bildet keine selbständige Berufung. Daher braucht der Miterbe, welcher seine Urportion erwarb, die Erledigung der anwachsenden Portion nicht zu erleben. Vielmehr vollzieht sich die Akkrescenz als eine rechtliche Nothwendigkeit auch bei seinen Erben. Deshalb pflegt man zu sagen „portio portioni accrescit.“[9]

Der Akkrescenzerbe kann die Anwachsung auch nicht zurückweisen, wenn sie ihm etwa wegen Ueberschuldung der Erbschaft nachtheilig sein sollte, vorausgesetzt natürlich, daß er seine Urportion bereits erwarb.

Dies leidet aber Modifikationen, wenn sein Miterbe seine Portion nach Civilrecht erworben hat und nur nach prätorischem Rechte derselben wieder ledig wurde. Hier soll, was dem Einen billig ist, dem Anderen nicht unbillig werden.[10] [11]

§ 92. Die Akkrescenz unter testamentarischen Miterben.

Was insbesondere die Akkrescenz unter testamentarischen Miterben anlangt, so ist zu beachten:

---

7) Anders B.G.B. § 2094 Abs. 3: Der Erblasser kann die Anwachsung ausschließen.

8) So auch B.G.B. § 2099: Das Recht des Ersatzerben geht dem Anwachsungsrechte vor.

9) l. 2 § 8 D. de b. p. s. t. 37, 11, l. 31 D. de a. v. o. her. 29, 2, l. un. § 10 a C. de caducis toll. 6, 51.

10) Hat nämlich, wer seine Portion als nothwendiger Erbe erwarb, sich von derselben abstinirt, nachdem der Miterbe, dem in Folge dessen akkresciren soll, seine Portion bereits angetreten hat, so soll der letztere durch die Rechtswohlthat nicht leiden, welche dem ersteren gewährt wird. Vielmehr erhält er nunmehr gleichfalls ein Abstentionsrecht von der ganzen Erbschaft, also sowohl von seiner Urportion wie von der anwachsenden, sofern ihn die Gläubiger der durch Abstention erledigten Portion wegen der auf derselben lastenden Schulden als Akkrescenzerben in Anspruch nehmen. l. 55, l. 56, l. 38 D. de a. vel o. her. 29, 2.

11) Ist ein Miterbe gegen den Erbschaftsantritt restituirt und kommt es aus diesem Grunde nachträglich zu einer Akkrescenz der durch die Restitution ledig gewordenen Portion an dessen Miterben, so kann dieser die Anwachsung einfach zurückweisen, l. 61 D. de a. vel o. her. 29, 2. Ueber die Anm. 10 und 11 gedachten Fälle vgl. Schmidt von Ilmenau Abh. I S. 63, Puchta in kleinen civ. Schriften n. 31 S. 552.

1. In der klassischen Kaiserzeit war dieselbe durch die lex Papia Poppaea in positiver und willkürlicher Weise eingeschränkt und besonders gestaltet. Denn dieses Gesetz erklärte für caducum und theilte den im Testamente genannten bekinderten Personen, eventuell aber dem Fiskus die Erbportionen zu, welche dadurch vakant wurden, daß der testamentarische Theilerbe vor der Eröffnung des Testamentes verstarb oder Peregrine wurde.[1] Im justinianischen Rechte ist dies zwar aufgehoben,[2] jedoch nicht ohne Nachwirkungen zu hinterlassen.

2. Was die Lasten der ausfallenden Portion anlangt, so hatte sie von jeher der Vindikant des caducum zu tragen.[3]

Seit Sever nahm man aber auch an, daß der Akkrescenzerbe ebenso wie ein Substitut die Lasten, welche dem weggefallenen Miterben persönlich aufgelegt waren, gleich als seien sie auch ihm aufgelegt, zu berichtigen habe.[4]

Ob dies auch für den Fall gelte, daß der Miterbe von Anfang ungültig ernannt war, ist Streitfrage. Doch spricht die Konsequenz für die Bejahung.[5] [6]

3. Durch Zusammenberufen — conjunctio — begründet der Erblasser ein specielles Akkrescenzrecht unter den Verbundenen.

Wie sich die Zusammenberufenen in die ihnen insgesammt zugewiesene Portion zu theilen haben, wenn sie sämmtlich erwerben,[7] also wachsen ihnen die erledigten Antheile ihrer Konkurrenten zunächst zu.

Auch bei der speciellen Akkrescenz kann nur eine sachliche Verbindung, d. h. eine Berufung auf dieselbe Portion in Betracht kommen.

---

1) Ulpian. fragm. XVII § 1. Vgl. über die Kaducität die bei Vangerow Bd. 2 § 496 Anm. 1 Citirten.

2) l. un. C. de caducis tollendis 6, 51 vom Jahre 534. Schon in den Pandekten ist nach Geheiß Justinians nichts von caduca enthalten. Const. tanta l. 2 § 6b C. de vetere jure enucleando 1, 17. Vangerow a. a. O. Bd. 2 S. 318.

3) Ulpian. fragm. XVII § 3. Caduca cum suo onere fiunt.

4) Das alte Recht, wonach der Akkrescenzerbe die dem Ausgefallenen „nominatim" auferlegten Vermächtnisse nicht zu tragen hatte, lehrt Celsus l. 29 § 1 und 2 D. de leg. II. Seine Entscheidung ist von den Kompilatoren aus Versehen in die Pandekten aufgenommen. Dagegen wendete Ulpian das Reskript von Sever bezüglich der Substituten auf die Akkrescenzerben an l. 61 § 1 D. de leg. II. Hiervon geht auch Justinian aus l. un. § 4 C. de caducis toll. 6, 51.

5) Für das Gegentheil führt man an l. un. § 3 und § 9 C. de caducis toll. 6, 51. Die hier vertheidigte Ansicht theilen Francke, Beiträge S. 121, Arndts bei Glück Bd. 47 S. 270, Windscheid Bd. 3 § 603 Anm. 6; dagegen ist Vangerow Bd. 2 § 496 Anm. 3 n. V.

6) B.G.B. § 2095 bestimmt: Der durch Anwachsung einem Erben anfallende Erbtheil gilt in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbtheil.

7) Oben Bd. 3 § 86 Anm. 4 ff.

Es macht keinen Unterschied ob dieselbe in demselben Satze — re et verbis — oder in verschiedenen Sätzen — re tantum — geschah. Aber eine bloß sprachliche Verbindung — verbis tantum conjunctio — ohne Berufung auf dieselbe Portion ist auch hier ohne rechtliche Bedeutung.[8]

4. Soweit ein specielles Anwachsungsrecht nicht besteht, tritt das allgemeine ein, und zwar nach Verhältniß der Erbportionen der Miterben.

Die unter sich speciell Verbundenen nehmen natürlich an dem allgemeinen Anwachsungsrechte Theil.

Fünftes Kapitel.

Ungültigkeit der Testamente.

§ 93. 1. Nichtigkeit und Vernichtung der Testamente im Allgemeinen.[1]

Testamente sind ohne Wirkung, entweder weil sie von vornherein nichtig waren — t. nullum — oder weil sie nachträglich vernichtet wurden. Ein erheblicher Unterschied zwischen beidem ist, daß die von Anfang an nichtigen Testamente, wie wenn nichts vorgegangen wäre, ältere Testamente des Erblassers nicht berühren,[2] während Testamente, die gültig errichtet sind, früher errichtete Testamente aufheben, wobei es verbleibt, auch wenn sie selbst nachträglich ungültig werden.[3]

1. Von Anfang an nichtig sind insbesondere Testamente,[4] wenn dem

---

8) Dies ist die heutzutage herrschende Meinung, welche namentlich Vangerow in überzeugender Weise ausgeführt hat, Bd. 2 § 496 S. 322.

1) Tit. Inst. quibus modis testamenta infirmantur 2, 17, Tit. Dig. de injusto rupto irrito facto testamento 28, 3.

2) § 2 J. h. t. 2, 17, l. 2 D. h. t. 28, 3. Ueber die dort erwähnte Modifikation siehe unten § 94 Anm. 5.

3) Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Erblasser nach Errichtung eines Testamentes ein anderes an dessen Stelle macht, dasselbe dann aber absichtlich zerstört, um das frühere wieder in Kraft treten zu lassen. Denn obgleich das erste Testament durch Errichtung des zweiten aufgehoben ist, wurde dennoch aus ihm in diesem Falle eine bonorum possessio cum re gegeben, l. 11 § 2 D. de bonorum possessione secundum tabulas 37, 11. Vgl. auch B.G.B. § 2258 Abs. 2: Wird das spätere Testament widerrufen, so ist das frühere Testament in gleicher Weise wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben worden wäre.

4) l. 4 D. qui testamenta facere 28, 1.

Erblasser Recht oder Fähigkeit zu testiren fehlte, sowie dann, wenn die Solennitäten der Errichtung nicht gewahrt sind.

Jeder Mangel an wesentlichen Formalitäten, ob groß oder klein, macht das Testament nichtig; die Nichtachtung von bloß instruktionellen Vorschriften für die Errichtung aber stellt es nicht in Frage.

2. Testamente werden nachträglich vernichtet:

a) wenn der Erblasser das Recht, ein Testament zu hinterlassen, verliert — t. irritum —, was nur so vorkommen kann, daß er durch Arrogation oder Legitimation in eine väterliche Gewalt kommt.[5]

Das Testament erhält jedoch aufs neue Kraft, wenn der Erblasser durch Wiederaufhebung der Gewalt das Testamentsrecht zurückerlangt.[6]

b) Das Testament fällt ferner zusammen, wenn keiner der eingesetzten Erben aus ihm Erbe wird — t. destitutum —,[7] sowie endlich

c) durch rechtsgültige Willenserklärung des Erblassers — t. ruptum.

d) Nach klassischem Rechte war das Testament von vornherein nichtig, wenn die Notherben nicht gehörig berücksichtigt waren, und wurde durch das spätere Anwachsen eines postumus, der nicht im Testamente beachtet war, nachträglich vernichtet — ruptum. Wie es sich im justinianischen Rechte mit den Ansprüchen von Ascendenten und Descendenten des Erblassers verhält, ist später zu untersuchen.

Nicht bloß Nichtigkeit, auch Anfechtbarkeit ist möglich, insbesondere wegen Indignität des Erben, sowie wegen Verletzung des Pflichttheilsrechtes naher Verwandter.

§ 94. 2. Widerruf der Testamente.

Der Erblasser kann sein Testament jederzeit widerrufen.[1] Aber formlose Erklärungen genügen hierzu nicht.[2]

1. Die Aufhebung geschieht vor Allem durch Errichtung eines neuen rechtsbeständigen Testamentes.[3] Dies war ursprünglich die einzige Weise des Widerrufes.

---

5) §§ 4, 5 J. h. t. 2, 17. Nach B.G.B. gilt dies nicht mehr.

6) § 6 J. h. t. 2, 17, l. 1 § 8 D. de bon. poss. secundum tab. 37, 11, l. 8 § 3 D. de jure codicillorum 29, 7.

7) Auch dies gilt nach B.G.B. nicht.

1) Vgl. oben Bd. 3 § 66 Anm. 15 und 16, B.G.B. § 2253.

2) Vgl. Paul Krüger, krit. Versuche 1870 n. 1, dazu Leist bei Glück bon. possessio Bd. 4 S. 140 und wiederum Krüger, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 14 S. 53. Krüger behauptet, Versuche S. 28 und S. 35, daß in der Regel schon der formlose Widerruf eine exceptio doli gegen den eingesetzten Erben begründet habe. Er hat aber nicht bewiesen, daß das spätere römische Recht zu solcher Zersetzung der Form vorgeschritten sei. Vgl. unsere früheren Auflagen.

3) § 2 J. h. t. 2, 17, l. 11, l. 16 D. de injusto 28, 3. Nur Soldaten konnten

Das spätere Testament beseitigt nothwendig das alte, auch wenn der Testator dies nicht erklärt hat, und wenn die Testamente ihrem Inhalte nach an sich mit einander verträglich wären.[4]

Ein späteres Testament, welches nicht vollständig solennisirt ist — t. imperfectum —, hebt in der Regel das früher errichtete nicht auf. Dies leidet eine Ausnahme, wenn der Testator mit der Solennisirung einer Schrift begonnen hat, in welcher er seine Intestaterben zu Erben einsetzte und den Akt unfreiwillig unvollendet ließ. Es gilt dann die Intestaterbschaft als eröffnet.[5]

2. Wenn der Testator in Absicht des Widerrufes sein Testament zerstört oder die Namen sämmtlicher eingesetzten Erben durchstreicht, so ist es gleichfalls aufgehoben. Zerstörung der Urkunde, ohne Absicht der Aufhebung, berührt den Rechtsbestand des Testamentes nicht.[6]

3. Widerruf vor 3 Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll hebt das Testament auf, sofern es über 10 Jahre alt ist.[7]

---

mehrere successiv errichtete Testamente hinterlassen, welche zusammen gültig waren, l. 19 D. de testamento militis 29, 1. Ueber den historischen Grund des Rechtssatzes vgl. oben Bd. 3 § 57.

4) Wenn sich in den Bestimmungen des späteren Testamentes die Absicht ausspricht, daß die Verfügungen des früheren Testamentes, soweit sie nicht modificirt sind, fort gelten sollen, so werden dieselben als fideikommissarische erhalten. Ein wichtiges Beispiel siehe oben Bd. 3 § 87 Anm. 5. B.G.B. § 2258 Abs. 1 besagt: Durch die Errichtung eines Testaments wird ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht.

5) In der klassischen Zeit verstand man unter dem testamentum non perfectum ein s. g. prätorisches — oben Bd. 3 § 69 Ziff. 3 —, bei welchem mancipatio und nuncupatio testamenti fehlten. Hierauf bezog sich ursprünglich l. 2 D. de injusto test. 28, 3. In der christlichen Kaiserzeit dagegen bezeichnete man als testamentum imperfectum ein begonnenes, welchem noch Unterschrift und Besiegelung durch die Zeugen fehlen, nov. Theodosii de testamentis XVI § 7 und hiernach l. 21 § 5 C. de testamentis 6, 23. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 460 S. 204, Fein bei Glück Bd. 45 S. 237.

6) Tit. Dig. de his quae in testamento delentur 28, 4. l. 2 § 7, l. 8 § 3 D. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11, l. 1 § 8 D. si tabulae test. 38, 6. B.G.B. § 2255. Die Intestaterben müssen beweisen, daß die Vernichtung in der Absicht der Aufhebung des Testamentes geschah. Nach B.G.B. a. a. O. Abs. 2 dagegen wird vermuthet, daß die Vernichtung in dieser Absicht geschehen sei. Existirte das Testament in mehreren Originalen, so genügt unter derselben Voraussetzung auch die Zerstörung einer Urkunde, l. 4 D. h. t. 28, 4, R.G. Bd. 14 S. 184. Die Zerstörung einer Abschrift und bei mündlichem Testament die Vernichtung der aufgenommenen Beweisurkunde enthält keine Aufhebung des Testamentes. Die historische Genesis dieser Form des Widerrufes erhellt aus Gajus. Inst. II § 151; vgl. hierzu Krüger, Versuche a. a. O., Schirmer in der Savigny-Zeitschrift r. Abth. Bd. 7 S. 1, Krüger daselbst S. 91, wiederum Schirmer Bd. 8 S. 99 und Krüger S. 109. Ueber die Legate im zerstörten Testamente siehe unten § 105.

7) Honorius und Theodosius verordneten im Jahre 418, daß Testamente kraftlos werden sollten, wenn der Testator die Errichtung 10 Jahre überlebe, l. 4 C. Theod. de testamentis 4, 4. Nach der l. 27 C. de testamentis 6. 23 von Justinian soll dies aber nur gelten, wenn der Testator den Widerruf vor 3 Zeugen oder gerichtlich erklärt hat.

4. Gemeinrechtlich werden Testamente durch Widerrufserklärung in Testamentsform auch aufgehoben, und zwar auch wenn sie nicht ausdrücklich mit der Einsetzung von Erben verbunden ist.[8]

§ 95. 3. Die Kodicillarklausel.[1]

I. Der Erblasser hat ein Schutzmittel gegen die Gefahr der Vereitelung seines Testamentes wegen Ungültigkeit[2] in der Kodicillarklausel, d. h. der Erklärung, daß dasselbe eventuell als Kodicill gelten solle.

In der Regel ist darunter ein Intestatkodicill verstanden, unter Umständen aber ein testamentarisches Kodicill.[3]

Tritt die Kodicillarklausel in Wirksamkeit, so verwandeln sich die Erbeseinsetzungen in Universalvermächtnisse,[4] die Vermächtnisse bleiben bestehen, so jedoch, daß möglicherweise nach dem Zusammenhange der Verfügungen ein Anderer als onerirt anzusehen ist, als wenn das Testament bei Kräften bliebe.[5]

Damit sich der letzte Wille in ein Kodicill umwandele und in dieser Rechtsform gültig sei, wird gefordert:

1. daß der Testator hierzu durch eine Kodicillarklausel ermächtigte. Subintelligirt wird diese Klausel in der Regel nicht.[6] Doch ist keine besondere Formel nöthig, jede Willensäußerung genügt.[7]

---

8) Das ist zwar nicht im römischen Rechte ausgesprochen, aber eine folgerechte Fortbildung desselben; denn der Testator erklärt durch den Widerruf in Testamentsform, daß die Intestaterben seine Erben sein sollen. Es kann nichts mehr darauf ankommen, ob er sie ausdrücklich zu seinen Erben ernennt, vgl. oben Bd. 3 § 77 Anm. 3. Auch die älteren Praktiker theilen die Ansicht überwiegend, daß der in Testamentsform erklärte Widerruf Geltung habe. So Voet ad Pand. tit. 28, 3 n. 1, Carpzov, jurispr. for. III const. 5 def. 27; dagegen freilich Lauterbach, collegium theoretico-pract. Pand. lib. 18 tit. 3 § 13. Wie hier B.G.B. § 2254, vgl. auch § 2257. Ueber den Widerruf durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung vgl. § 2256.

1) Ueber die Kodicillarklausel vgl. Fein bei Glück Bd. 45 S. 184; Vangerow Bd. 2 § 527; Coels, d. L. v. d. s. g. Konversion eines unwirksamen Testamentes in ein wirksames Kodicill 1879.

2) Ungültig ist hier in dem weiten Sinne genommen, von dem oben Bd. 1 § 120 Anm. 1 die Rede war, z. B. auch bei Ausfall einer Bedingung der Erbeinsetzung.

3) Vgl. Fein a. a. O. Bd. 45 S. 264.

4) l. 88 § 17 D. de leg. II, l. 2 § 4 D. de jure cod. 29, 7.

5) In der Regel bleiben sie zu Lasten der als Erben Eingesetzten, wenn dieselben Universalfideikommissare werden. Windscheid Bd. 3 § 631 Anm. 4.

6) In früheren Jahrhunderten wurde meist gelehrt, daß die Kodicillarklausel subintelligirt werde. Vgl. insbesondere Alef, de otio clausulae codicillaris in quovis testamento 1750. Es ist jedoch zweifellos, daß man in Rom die Klausel nicht subintelligirte. Am unzweideutigsten spricht dies l. 41 § 3 D. de vulg. et pupillari substit. 28, 6 aus. Hiernach ist denn die neuere gemeinrechtliche Theorie darüber einstimmig, daß es einer besonderen Erklärung des Testators bedürfe. Auch die Praxis hat sich dem angeschlossen. Vgl. Fein a. a. O. Bd. 45 S. 191. Ueber Fälle, in welchen die Kodicillarklausel vermuthet wird, siehe ebendaselbst S. 254.

7) Die gewöhnliche Fassung in den deutschen Testamenten war: „Dafern aber dieses mein Testament einiger Ursachen und Mängel halber von Rechtswegen nicht

2. Daß die Rechtsbedingungen eines gültigen Kodicilles vorhanden sind. Der Erblasser muß also namentlich die Testirfähigkeit besitzen und die Form eines Kodicilles gewahrt haben.

3. Die Kodicillarklausel gewährt keinen Schutz gegen solche Thatsachen, welche auch Kodicille vernichten. Widerruft der Erblasser also seine Disposition, so wird sie durch die Kodicillarklausel nicht gerettet.[8, 9]

4. Will der als Erbe Eingesetzte die Rechtshülfe der Kodicillarklausel, so muß er dies erklären. Hat er sich einmal gerichtlich als Erbe oder als Universalfideikommissar erklärt, so soll seine Wahl unabänderlich sein. Nur Descendenten und Ascendenten des Erblassers bis zum 4. Grad agnatischer und bis zum 3. Grad kognatischer Verwandtschaft haben das Recht beliebiger Aenderung ihres Entschlusses.[10]

II. Nach B.G.B. hat sich die Kodicillarklausel erledigt.

§ 96. 4. Urtheil und Vergleich über die Rechtsbeständigkeit des Testamentes.

Entsteht Streit über die Rechtsbeständigkeit eines Testamentes, so wird er in der Regel zwischen den angeblichen Testamentserben und In-

---

als ein solenner zierlicher letzter Wille oder zu Recht bestehendes Testament gelten oder kräftig sein sollte, so will ich doch, daß solches als ein testamentum nuncupativum, Kodicill, Fideikommiß, donatio mortis causa oder wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen kann, gelten und kräftig sein soll." Zuweilen aber machten es sich die Notare bequem und setzten dem Testamente nur hinzu „dafern aber et cet.". So entstand die Frage, ob diese s. g. clausula ceterata als Kodicillarklausel zu erachten sei, was übrigens zweifelsohne zu bejahen war. Schon in Rom entnahm man die Kodicillarklausel aus Wendungen jeder Art, aus denen sich ergab, daß der Testator mehr auf die Verwirklichung des Materiellen seiner Bestimmungen als auf die Rechtsform, in der sie sich verwirklichten, Gewicht legte, l. 88 § 17 D. de leg. II. Scaevola libro 3 responsorum: „Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito rationem animi mei potius secutus, quam nimian et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas" deinde heredes instituit. quaesitum est intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt. respondi secundum ea quae proponerentur posse.

8) Natürlich kann der Erblasser seine Verfügung auch, bloß soweit sie Testament ist, zurücknehmen, sie aber, soweit sie eventuell Kodicill ist, bestehen lassen. Es wird dies aber nur selten vorkommen. Widerruft er „sein Testament" ohne weiteren Zusatz, so ist darin, wenn nicht besondere Gründe für das Gegentheil sprechen, auch Zurücknahme der Kodicillarklausel zu finden.

9) Wenn ein pflichtwidriges Testament, nachdem der Testamentserbe aus demselben antrat, mit der querella inofficiosi testamenti rescindirt wurde, so kann der überwundene Erbe nun nicht mehr auf die Kodicillarklausel, mit welcher das Testament versehen war, zurückkommen, denn das Testament gilt nun ihm gegenüber als das eines Wahnsinnigen. Dies bezeugt l. 13 D. de inofficioso testamento 5, 2, l. 36 D. de leg. III. Wohl aber kann der Erbe sich von vornherein auf die Kodicillarklausel zurückziehen, wenn er noch nicht als Testamentserbe antrat. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 527 Anm. 2 u. dort Citirte. R.G. Bd. 14 S. 190, Bd. 37 S. 151.

10) l. 8 C. de codicillis 6, 36. Vgl. J. A. Seuffert, einige Bemerkungen über die Kodicillarklausel 1828, Fein Bd. 45 S. 279. Vgl. auch R.G. Bd. 11 S. 232. Nach R.G. Bd. 41 S. 165 ist jede Wahl unwiderruflich, nicht bloß die im Prozesse erklärte.

testaterben ausgetragen, denn die ersteren sind am meisten bei der Vertheidigung, die letzteren bei der Bekämpfung des Testamentes interessirt.

Die Geltung des Testamentes berührt aber einen weiten Kreis von anderen Personen, insbesondere Legatare, Erbschaftsgläubiger und Erbschaftsschuldner.

Daher fragt es sich, ob die rechtskräftigen Urtheile und Vergleiche zwischen den Erbschaftsprätendenten für die Rechtsverhältnisse jener anderen Person bestimmend sind. Strenges Recht und abstrakte Logik führen zur Verneinung, denn Urtheile und Vergleiche berühren dritte Personen, die nicht zugezogen sind, an sich nicht. Immerhin sprechen praktische Erwägungen dafür, was unter den Erbprätendenten festgestellt ist, möglichst auch für und gegen die sekundär Betheiligten zur Geltung zu bringen, weil sich sonst zahlreiche Prozesse mit widersprechendem Ausgange und höchst unglückliche Komplikationen entwickeln können.

So wird das Recht dazu gedrängt, zwischen den Anforderungen strenger Rechtskonsequenz und denen des praktischen Lebens zu vermitteln.

1. Ist ein rechtskräftiges Urtheil zwischen den Testamentserben und dem Intestaterben ergangen, so gelten folgende Sätze:

a) Wer obsiegt, kann von den Erbschaftsgläubigern als Erbe in Anspruch genommen werden, und wenn der Testamentserbe den Prozeß gewinnt, können ihn auch die Legatare belangen. Es ist also dem, welcher die Eigenschaft als Erbe im Erbschaftsprozesse behauptete und erstritt, nicht verstattet, diese Eigenschaft, wenn er nun von den Gläubigern belangt wird, hinterher zu verleugnen.[1] Auch die Erbschaftsschuldner werden sich nicht weigern können, das rechtskräftige Urtheil zwischen den Erbschaftsprätendenten anzuerkennen.[2]

b) Ist rechtskräftig dem Testamente seine Gültigkeit aberkannt, so wirkt dies auch gegen die Legatare, da eben das Testament praktisch seine Kraft verloren hat. Vorausgesetzt ist, daß der Testamentserbe im Prozesse mit dem Intestaterben kontradiktorisch verhandelt hat und nicht bloß in Folge seiner Kontumaz verurtheilt ist, und daß keine Kollusion zwischen den Erbschaftsprätendenten nachweisbar ist. Die Legatare sind aber berechtigt, in dem Erbschaftsstreite zu interveniren und so dessen Ausgang mitzubestimmen.[3]

c) Es ist anzunehmen, daß die Erbschaftsgläubiger wegen ihrer

1) l. 50 § 1 D. de leg. I.

2) arg. l. 15 § 2 D. de inoff. test. 5, 2.

3) l. 50 § 1 D. de leg. I, l. 3 pr. D. de pign. 20, 1, l. 14 D. de appell. 49, 1.

Forderungen den Sieger nicht nur belangen dürfen, sondern dies müssen, wenn sie nicht ein materielles Interesse, z. B. wegen Insolvenz des Siegers, nachweisen können, welches sie nöthigt, sich an den Besiegten zu halten. Entscheiden sie sich hierfür, so belasten sie sich natürlich auch mit dem Nachweise, daß der Besiegte in der That der Erbe und also ihr Schuldner sei.[4]

2. Analoge, wenn auch weniger weittragende Sätze treten ein, wenn sich die Erbprätendenten über die Geltung des Testamentes verglichen haben.

a) Die Erbschaftsgläubiger sind berechtigt, sich an die Erbschaftsprätendenten zu denjenigen Theilen der Erbschaft zu halten, welcher jedem derselben im Vergleiche zuerkannt ist. Die Legatare sind nicht minder befugt, den, welchem vergleichsweise ein Theil der Erbschaft als dem Testamentserben zuerkannt wurde, für diesen Theil in Anspruch zu nehmen.[5]

b) Dagegen kann den Legataren der Vergleich zwischen dem Testamentserben und dem Intestaterben, wodurch dem ersteren die Erbschaft ganz oder theilweise abgesprochen wurde, nicht entgegengehalten werden, wenn sie ihm nicht beigetreten sind. Denn durch Vertrag des Testamentserben könnten materielle Rechte der Legatare nicht einseitig verkürzt werden.[6]

c) Die Erbschaftsgläubiger haben sich in erster Linie nach dem Vergleiche zu richten. Soweit aber ihre Rechte hierdurch materiell leiden würden, steht auch ihnen frei, sich über den Vergleich wegzusetzen und den richtigen Erben zu belangen.[7] [8]

---

4) Anderer Ansicht einerseits Savigny Bd. 6 S. 475 und andererseits Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 9.

5) l. 14 D. de transactionibus 2, 15. Scaevola libro 2 responsorum: Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? respondit, si idem creditores essent qui transactionem fecissent, id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset: si alii creditores essent propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est.

6) l. 3 pr. D. eod. 2, 15. Scaevola libro 1 digestorum: Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: „Privatis pactionibus non dubium est non laedi jus ceterorum: quare transactione quae inter heredem et matrem defuncti facta est neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae. quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet neglegentiam suam ad alienam injuriam referre."

7) Uebrigens gehen die Ansichten sehr auseinander, vgl. Vangerow Bd. 2 § 457; Windscheid Bd. 3 § 566; Dedekind, die Anerkennung gültiger letztwilliger Verfügungen 1872; Brinz Bd. 3 § 379 S. 117; Oertmann, der Vergleich S. 145 ff.

§ 97. 5. Korrespektive Testamente.[1]

Korrespektive Testamente zeichnen sich namentlich dadurch aus, daß sie aus Gründen ihre Kraft verlieren, welche Testamente anderer Art nicht berühren würden, und daß sie Aufhebungsgründen unzugänglich sind, welche andere Testamente entkräften würden.

Es sind nämlich korrespektiv: Testamente mehrerer zusammen testirender Erblasser, welche sich gegenseitig bedenken und deren Anordnungen sich gegenseitig bedingen.[2 3]

Derartige Testamente waren dem römischen Rechte fremd. Sie verdanken ihren Ursprung deutscher Sitte. Vorzugsweise kommen sie unter Ehegatten vor; auch unter anderen Personen sind sie nach gemeinem Recht möglich, aber selten; doch giebt es Beispiele von Testamenten dieser Art unter Geschwistern.[4]

Korrespektive Testamente sind von gegenseitigen Erbeinsetzungsverträgen verschieden. Sie sind wahre Testamente. Dennoch liegt in ihnen, wie sich ergeben wird, ein Vertragselement.

1. Dem korrespektiven Testamente wesentlich ist, daß die Mittestatoren gemeinsam in einem Akte testiren.

---

8) Die hier vertretenen Grundsätze sind entsprechend im Falle eines Streites zwischen mehreren Intestaterben oder angeblichen Testamentserben anzuwenden.

1) Die ältere Litteratur siehe bei Glück Bd. 35 S. 50 und Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 214, vgl. ferner Buchka in d. Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. 12 S. 210; G. Hartmann, z. L. v. d. Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten 1860 S. 85; Göz im Archiv f. civ. Praxis Bd. 54 n. 8; Heinzerling im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft n. F. Bd. 10 S. 254, S. 337; O. Fischer im Arch. f. bürg. R. Bd. 6 n. 2; Regula, Ueber den einseitigen Widerruf korrespektiver Testamente, Göttinger Diss. 1896.

2) Eine bei Testamenten von Ehegatten häufige Formel ist: „daß der Ueberlebende einziger Erbe sein, nach dessen Tode aber das gesammte Vermögen der Ehegatten ohne Unterschied, ob es vom Mann oder der Frau herrührt, unter ihre beiderseitigen nächsten Verwandten zu gleichen Theilen getheilt sein soll." — Ein Hauptzweck ist meist, daß nachdem die Ehe mehr oder minder lange gedauert hat und das, was jedem der Ehegatten gehört, schwer auszumitteln ist, die zeitraubende und zu Prozessen führende Frage hiernach nach dem Tode des Längstlebenden dadurch ausgeschlossen werden soll, daß der gesammte Nachlaß unter die beiderseitigen Verwandten nach Quoten getheilt wird.

3) Windscheid Bd. 3 § 568 Anm. 5 behauptet: „Die Kategorie, welche hier zur Anwendung zu bringen ist, ist nicht, wie die herrschende Ansicht annimmt, die der Bedingung, sondern die der Voraussetzung." Einen Beweis hierfür hat er nicht angetreten. Die Rechtssätze, die er von seiner Grundansicht aus gewinnt, sind künstlich und vielfach bedenklich. Vgl. Lenel im Arch. f. civ. Praxis Bd. 79 S. 94.

4) B.G.B. § 2265 bestimmt: Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden. Ueber die Fälle, in welchen das gemeinsame Testament unwirksam ist oder wird, vgl. § 2268.

Gemeinrechtlich sind gemeinsame Testamente — simultanea — überhaupt — als nicht verboten — zulässig, obgleich eine solche Testirweise dem justinianischen Rechte fremd war.[5] Sie sind daher auch dann verstattet, wenn die Erblasser nicht korrespektiv testiren wollen. Immerhin sind gemeinsame Testamente, die nicht korrespektiv sind, wenig gebräuchlich. Daher nimmt man an, daß gemeinsame Testamente Mehrerer, in denen sie sich gegenseitig bedenken, im Zweifel auch korrespektiv sind. Uebrigens ist es nicht selten, daß sich in korrespektiven Testamenten einzelne Bestimmungen finden, welche diese Natur nicht haben, weil der Testator an ihnen ein Interesse nimmt, das unabhängig von dem ist, was der Mittestator will und thut.

2. Die korrespektiven Testamente bedingen sich wechselseitig der Art, daß, wenn das eine z. B. wegen Geisteskrankheit des einen Testators als nichtig anzusehen ist, auch das andere mit ihm errichtete ungültig ist.[6]

3. Jedem der Mittestatoren steht das Recht des einseitigen Widerrufes seines Testamentes frei, sofern er sich nicht ausdrücklich dem andern Theil zum Nichtwiderruf verband, wodurch er in der That einen Erbvertrag schließen würde. Der Widerruf von einer Seite zieht nothwendig das Zusammenfallen des Testamentes des Mittestators nach sich, soweit dasselbe korrespektiv ist. Das ist die Folge des Grundcharakters derartiger Testamente und ihrer gegenseitigen Bedingtheit.[7]

4. Ist der eine der Testatoren verstorben, so kann der andere das ihm Zugedachte ablehnen. Das zieht die Entkräftung seines Testamentes nicht von selbst nach sich. Doch steht ihm nun der Widerruf desselben frei. Ein schwieriges Problem aber entsteht, wenn er Erbe des Vorverstorbenen geworden ist. Kann er gleichwohl sein Testament auch dann noch widerrufen? Das behaupten viele Neuere, weil es allgemeines Recht der Testamente sei, daß sie widerrufen werden können.

Doch mit Treu und Glauben und dem, was bei der Abfassung des korrespektiven Testamentes der gegenseitig erklärte Wille der Betheiligten war, würde dies nicht stimmen. Der Ueberlebende würde sich die Vor-

5) Die nov. Valentiniani III tit. 20 §§ 3 und 4 erkennt solche Testamente an; bei Soldatentestamenten kommen sie auch im corpus juris vor, l. 19 C. de pactis 2, 3. Von solchen abgesehen, finden sie sich im justinianischen Rechte nicht.

6) Ebenso B.G.B. § 2270.

7) Ganz anders Windscheid a. a. O. Bd. 3 § 568 Anm. 5. Vgl. auch Ztschr. f. Verw. u. Rechtspfl. in Oldenbg. Bd. 19 S. 95. Wie hier B.G.B. § 2270, über die Form des Widerrufes vgl. § 2271 Abs. 1.

theile des gemeinsamen Testamentes zu nutze machen und die Opfer, die er hierfür bringen sollte, zurücknehmen.

Man muß es daher als Vertragswillen der korrespektiv Testirenden ansehen, daß der Längstlebende, welcher Erbe des Mittestators geworden ist, nunmehr seine mit Rücksicht auf den Mittestator, insbesondere zu Gunsten der Verwandten desselben getroffenen Anordnungen nicht mehr zurücknehmen darf. In diesem Sinne liegt allerdings in dem korrespektiven Testamente zugleich eventuell ein Erbvertrag.[8]

Selbstverständlich kann aber das Testament des Längstlebenden noch immer durch Ereignisse entkräftet werden, welche Testamente von Rechtswegen aufheben, insbesondere durch Erwachsen von Notherben in Folge einer weiteren Ehe.[9]

Sechstes Kapitel.

Die Vermächtnisse und die Schenkungen auf den Todesfall.[1 2]

I. Die Vermächtnisse im Allgemeinen.

A. Das Wesen und die Wirkungen.

§ 98. Begriff der Vermächtnisse.

Unter den letztwilligen Verfügungen sind außer den Erbeseinsetzungen die Vermächtnisse die wichtigsten.

---

8) Diese Ansicht war die der älteren Praktiker, vgl. Hartmann a. a. O. S. 140. Ihr huldigen u. A. Mühlenbruch S. 223, Heinzerling S. 369. Vgl. ferner die bei Stobbe, d. Pr.R. Bd. 5 S. 258 Anm. 36 Citirten. Gegen sie ist u. A. Windscheid Bd. 3 § 568 Anm. 7, dem sie „unkonstruirbar ist“ und der mit der Kategorie der „Voraussetzung“ operirt. Für die hier vertheidigte Ansicht erklärt sich R.G. Bd. 6 S. 174. Wie hier auch B.G.B. § 2271 Abs. 2 Satz 1: Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten; der Ueberlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt.

9) Enthält das korrespektive Testament die Bestimmung, daß der überlebende Ehegatte der Erbe des vorversterbenden sein, nach dem Tode des längstlebenden aber die ganze Masse an gewisse Dritte fallen solle, so sind diese bezüglich der Erbschaft des Vorversterbenden Universalfideikommissare und bezüglich der Erbschaft des Ueberlebenden Vulgarsubstituten. Sind aber nur Vermächtnisse ausgesetzt, so kann man annehmen, daß sie jeder der Mittestatoren für seine Person voll anordnet, dies auch, wenn sie erst nach dem Tode des Längstlebenden auszuzahlen sind. Diese Auffassung hat namentlich um deswillen praktische Bedeutung, weil letztwillige Zuwendungen nur dann Kraft haben, wenn der Bedachte den Tod dessen, welcher ihn honorirt hat, überlebt. Vgl. B.G.B. § 2269.

Sie sind im justinianischen Rechte ein einheitliches Institut, das Produkt der Verschmelzung des altcivilen Legates und des jüngeren, freieren Fideikommisses.[3] Ohne specielle Beziehung auf diesen historischen Unterschied nennt man die Vermächtnisse in Deutschland häufig Legate. Auch wir nehmen keinen Anstand, diesem Sprachgebrauche zu folgen, wo eine Verwechselung mit dem specifischen altrömischen Legate nicht zu fürchten ist.

Das Vermächtniß entsteht durch die bloße Gunst des Erblassers. Ob Jemand nach seinem Tode beerbt werden soll, unterliegt nicht seiner Willkür. Zwar darf er den Erben bezeichnen, geschieht dies aber nicht, so tritt der gesetzliche Erbe ein. Ob dagegen Vermächtnisse sein sollen, unterliegt dem freien Ermessen des Erblassers, der auch bestimmt, wem sie zukommen. Ferner sind die Vermächtnisse Vortheile, ohne an sich mit Pflichten verbunden zu sein. Denn nur der Erbe hat den Erblasser zu repräsentieren, insbesondere die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen, dem Vermächtnißnehmer liegt derartiges nicht ob.

Die Römer definiren daher das Legat als „donatio testamento relicta" im Wesentlichen zutreffend und schlagend.[4] Freilich wollen das manche Neuere nicht anerkennen. Sie behaupten, daß sich ein genauer positiver Begriff der Vermächtnisse nicht geben lasse, sie seien eben Zuwendungen, die nicht Erbeseinsetzung und nicht Schenkungen von Todeswegen bildeten.[5] Das ist verfehlt.

---

1) Von Vermächtnissen handeln Tit. Inst. II. 20—24, Tit. Dig. de legatis I., II. und III. — das 30., 31. und 32. Buch der Pandekten, — ferner das 33. bis 36. Buch, endlich tit. Cod. 6. 37—54. Von neueren Monographien ist nur die von Roßhirt vollendet, die L. v. d. Vermächtnissen 2 Bde. 1835, unvollendet ist M. S. Mayer, d. L. von den Vermächtnissen und Fideikommissen 1. Abth. 1854, unvollendet auch die Darstellung von Arndts bei Glück Bd. 46 und 47 und Bd. 48, fortgesetzt von Salkowski, ebendaselbst Bd. 49.

2) In den meisten neueren Kompendien werden die Vermächtnisse als singulare Zuwendungen an den Schluß des Erbrechts verwiesen, nachdem die Berufung zur Erbschaft und der Erwerb derselben vollständig dargestellt sind. So bei Puchta und Windscheid und in ähnlicher Weise bei Arndts. Zweifellos ist diese Anordnung logisch gerechtfertigt, aber sie hat die Schattenseite, daß die Lehre von den letztwilligen Verfügungen zerrissen wird. Wir erachten dies als einen schwerwiegenden Nachtheil und halten es daher für richtiger, die Vermächtnisse im Zusammenhang mit dem Testamentsrechte darzustellen, wie dies auch von Gajus II § 191 und in den Institutionen Justinians pr. J. de leg. 2, 20 geschieht.

3) Oben Bd. 3 § 64.

4) So Modestinus libro 3 Pandectarum l. 36 D. de leg. II, sowie § 1 J. h. t. 2, 20; Florentinus libro 11 institutionum, l. 116 pr. D. de leg. I definirt: Legatum est delibatio hereditatis qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

5) Windscheid Bd. 3 § 623 Anm. 1. Vgl. ferner Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse 1872, sowie im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 n. 8. Siehe aber auch die — im Wesentlichen mit den von mir entwickelten Ansichten überein=

Vermächtnisse sind auf Kosten des Nachlasses zugewendete Liberalitäten.[6]

1. Sie sind Liberalitäten.[7] Gerade dies stellt man neuerdings in Abrede.[8] Sie seien dies häufig, aber nicht immer: begrifflich wesentlich sei dies Moment nicht. Denn es könne dem Legatar aufgelegt werden, das Vermachte einem Nachvermächtnißnehmer herauszugeben. Dann bleibe ihm nichts. Das sei also keine Liberalität! Doch wenn der Nachvermächtnißnehmer nicht erwirbt, z. B. vor dem Erblasser stirbt, so bleibt das Vermächtniß beim Legatar. Eine unentgeltliche Zuwendung, die nur unter Eventualitäten Bestand behält, ist aber auch eine Liberalität.[9]

Allerdings enthält das Vermächtniß nicht immer eine Vermögensvermehrung, ist also nicht stets causa lucrativa.[10]

Es kann z. B. in Einräumung eines Pfandrechtes, in dem Erlasse einer Sicherstellungspflicht bestehen. Aber wenn dies auch eine direkte Vergrößerung des Vermögens des Legatars nicht bildet, eine vermögensrechtliche Vergünstigung liegt darin doch, und zwar nicht selten erheblicher Art.

2. Vermächtnißnehmer ist nur, wem der Erblasser etwas in der Absicht, ihn zu begünstigen, zutheilt.

a) Kein Vermächtniß ist das condicionis implendae causa zu Leistende, d. h. was zur Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Verfügung Jemandem vom bedingt Honorirten zu gewähren ist, z. B. A. soll mein Erbe sein, wenn er dem B. 1000 ausgezahlt hat.[11] Dem in der Bedingung Genannten wird nichts direkt zugetheilt, er hat kein selbständiges Recht, ist also nicht Vermächtnißnehmer.

---

stimmende — Untersuchung bei Pfaff und Hofmann, Kommentar zum oesterr. bürgerlichen Gesetzbuch, Exkurse Bd. 2 S. 316.

6) B.G.B. § 1939 bezeichnet als Vermächtniß die Zuwendung eines Vermögensvortheils Seitens des Erblassers, ohne den Begünstigten als Erben einzusetzen.

7) Als Liberalität werden in den Quellen die Vermächtnisse nicht selten bezeichnet, z. B. l. 6 D. si cui plus 35, 3 „petitio liberalitatis".

8) Windscheid Bd. 3 § 623 Anm. 5.

9) Die von Windscheid a. a. O. angeführten Stellen sind daher irrelevant. Vgl. l. 17 pr., l. 88 § 1 D. de leg. II. Allerdings ist möglich, daß der zunächst als bedacht Erscheinende nur Zwischenperson sein und kein selbständiges Recht erwerben soll. Dann ist er aber kein Legatar, sondern nur „minister", eine Art von Testamentsexekutor. Nach röm. Rechte hatte er dann kein selbständiges Klagerecht, l. 80 § 1 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Vgl. Köppen, Lehrb. S. 694 Note 2.

10) Durchaus zutreffend sagt Paulus sent. IV 1 § 1: Ab uxore, cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinqui non potest quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit. Aber daß in solchem Prälegat eine „Liberalität" liegt, hätte Paulus gewiß nicht geleugnet. Daher beruft sich Hartmann im Arch. f. civ. Pr. Bd. 70 S. 173 mit Unrecht gegen die hier vertretene Ansicht auf diese Stelle.

11) Vgl. Keller, Institutionen S. 357.

Derartige Verfügungen, heutzutage möglich, aber selten, waren in Rom häufig, zum Theil deswegen, weil man durch sie Personen etwas indirekt verschaffte, denen man direkt von Todeswegen nichts zutheilen konnte. Diese Umgehung der Bestimmungen über Kapacität wurde indessen später untersagt.[12]

b) Nicht Legatar ist, wem eine Anordnung Vortheil bringt, falls die Anordnung nicht seinethalben geschah, also nicht ihn begünstigen sollte. Weist z. B. der Erblasser den Erben an, die Wucherschulden seines Neffen zu zahlen, so ist nicht der Gläubiger Legatar, sondern nur der Neffe; nicht der Gläubiger also kann auf Zahlung, vielmehr nur der Neffe auf Liberation klagen.[13]

c) Das alte Recht erklärte legata poenae nomine relicta für nichtig, welche den Zweck hatten, auf eine gewisse Handlung oder Unterlassung des Erben eine Strafe zu setzen. Man vermißte die Absicht der Liberalität gegen den Legatar, welchem die Strafe zukommen soll.[14] Justinian hat die Ungültigkeit mit Recht beseitigt.[15] In der That verbindet sich hier mit der Absicht der Strafandrohung gegen den Erben die einer eventuellen Liberalität an den Legatar.

Zu den Vermächtnissen werden nicht bloß die Singularvermächtnisse gezählt, sondern auch die Universalfideikommisse, also die Auflage der Herausgabe der Erbschaft im Ganzen oder eine Quote derselben. Indessen haben die Universalfideikommisse eine besondere Gestaltung angenommen. Die Vermächtnißtheorie ist daher zunächst ohne Rücksicht auf sie darzustellen.

§ 99. Die Rechte aus dem Vermächtnisse.

Für die Rechtsstellung des Vermächtnißnehmers ist eine entscheidende Frage, ob er bloß ein Forderungsrecht erlangt oder unmittelbar Eigenthümer des Vermachten wird?

---

12) Die Beschränkungen der Kapacität wurden auch auf das condicionis implendae causa datum übertragen, l. 9, l. 36 D. de mortis causa don. 39, 6, vgl. aber auch l. 55 D. de cond. 35, 1. Auch in anderen Beziehungen wendete man die die Vermächtnisse einschränkenden Formen analog auf das condicionis implendae causa datum an.

13) l. 11 § 20 ff. D. de leg. III. Ihering, die Reflexwirkungen, in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 254, Brinz Bd. 3 S. 378 Anm. 1 ff. Vgl. aber auch unten § 112 Anm. 17.

14) Gajus, Inst. II §§ 235, 243, 288; Ulpian. fragm. XXIV § 17, XXV § 13; Keller, Institutionen S. 368; Vangerow Bd. 2 § 434 II 5 S. 115; Pernice, Labeo Bd. 3 S. 45 Anm. 4.

15) § 36 J. de legatis 2, 20, l. un. C. de his quae poenae nomine 6, 41, Tit. Dig. de his quae poenae causa 34, 6. Die Strafe verfällt trotz der Zuwiderhandlung nicht, wenn sie Gesetzwidriges oder Unsittliches erzwingen sollte.

In der klassischen Zeit bestimmte der Erblasser durch die Form des Vermächtnisses, ob das Eine oder Andere einzutreten habe.[1] Das legatum per damnationem nämlich, oder sinendi modo relictum, sowie das Fideikommiß[2] gewährten bloße Forderungsrechte, das Vindikationslegat aber gab dem Legatar unmittelbar dingliches Recht.

Diese Unterscheidungen der Formeln, längst ohne Wurzeln im Volksbewußtsein, hob Justinian völlig auf. Jeder Vermächtnißnehmer soll dingliche Ansprüche und zugleich Forderungsrechte haben, vorausgesetzt, daß der Erblasser nicht — was sehr selten vorkommen wird — besonders dessen Ansprüche beschränkte.[3] Hiernach sind die Rechte der Vermächtnißnehmer folgende:

1. Der Vermächtnißnehmer hat die dingliche Klage, sobald das Vermächtniß fällig ist. Er wird also unmittelbar Eigenthümer der vermachten Nachlaßsache und unmittelbar dinglich Berechtigter, wenn ihm ein dingliches Recht anderer Art an der Nachlaßsache vermacht ist. Natürlich muß es sich um Sachen handeln, die zum Nachlasse des Erblassers gehörten.[4] Was unter Befristungen oder Bedingungen vermacht ist, geht dem entsprechend unmittelbar mit Eintritt des Falles auf den Vermächtnißnehmer über. Verfügungen des Erben können dies nicht hindern.[5] Ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstärkte noch das Recht des Vermächtnißnehmers.[6]

1) Oben Bd. 3 § 64.

2) Die Fideikommisse erhielten jedoch in späterer klassischer Zeit eine Art von dinglichem Schutz durch die missio in rem, welche der Magistrat gegen Dritte gewährte, wenn sie die vermachte Sache in Kenntniß des Fideikommisses erwarben. Paulus sent. IV 1 § 15. Eine eingehende Untersuchung hat E. A. Seuffert, gesetzl. Veräußerungsverbot bei Vermächtn. 1854 S. 17 angestellt; vgl. ferner Salkowski a. a. O. S. 618. Justinian hob diese missio in rem auf, siehe unten Anm. 3.

3) l. 1 C. communia de legatis et fideicommissis et de in re missione tollenda 6, 43 § 1. Justinianus: Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae vindicare in rem actione instituenda. B.G.B. § 2174 bestimmt: Durch das Vermächtniß wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern.

4) Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 9 S. 290 will dem Vermächtnißnehmer die dingliche Klage auch dann geben, wenn die vermachte Sache dem belasteten Erben gehört, ja selbst wenn sie die Sache eines Dritten war, welche derselbe an sich brachte. Dies wurde mit Recht von späteren Schriftstellern verworfen. Vangerow Bd. 2 § 532. Selbstverständlich hat der Erblasser das Recht, den dinglichen Erwerb auszuschließen, Windscheid Bd. 3 § 647 Anm. 2. Zwar widerspricht Brinz Bd. 3 S. 402. Aber welches öffentliche Interesse sollte an einer zwingenden Norm in dieser Hinsicht bestehen!

5) l. 69 § 1 D. de leg. I, l. 11 § 1 D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6, l. 105 D. de cond. et dem. 35, 1.

6) l. 3 § 2a C. communia de legatis 6, 43. Die Verstärkung liegt ins-

Doch nur das Recht selbst erlangt der Vermächtnißnehmer unmittelbar ohne Mitwirkung des Erben, die Uebertragung des Besitzes soll er von diesem erwarten. Erst dann kann sie verlangt werden, wenn klar ist, daß dem Vermächtnisse nicht Ansprüche der Erbschaftsgläubiger oder des Erben selbst entgegenstehen. Daher hat der Erbe, falls sich der Legatar eigenmächtig in den Besitz gesetzt hat, das interdictum quod legatorum auf Rückerstattung. Dabei wird die Frage nicht erörtert, ob und inwieweit das Vermächtniß rechtskräftig ist, sofern nur der Kläger Kaution wegen der Rückgabe für den Fall stellt, daß dasselbe bei Kräften bleibt.[7]

2. In allen Fällen hat der Vermächtnißnehmer ferner eine persönliche Forderung gegen den Belasteten, mag es sich nun um Herausgabe einer Nachlaßsache handeln oder um andere Verpflichtungen.[8]

In der altrömischen Zeit wurde der aus einem legatum per damnationem auf ein certum Beklagte, wenn er es zur Verurtheilung kommen ließ, auf das Doppelte verurtheilt.[9] Das ist im justinianischen Rechte antiquirt. Dagegen sollte, wer ein frommes Vermächtniß schuldete, wenn er der Mahnung des Bischofs ungeachtet es zum Prozesse kommen ließ, das Doppelte zu zahlen haben. Diese Strafe des Ungehorsams gegen kirchliche Befehle ist mit dem heutigen Staatskirchenrecht unvereinbar und antiquirt.[10]

Der Belastete ist in der Regel dem Vermächtnißnehmer wegen jeden Verschuldens haftbar,[11] bleibt ihm aber kein Vortheil aus der Verfügung, nur wegen dolus und culpa lata.[12]

---

besondere in dem Ausschlusse der ordentlichen Ersitzung gegen den Legatar. Ueber die Stellung des Käufers zum Onerirten siehe l. 3 § 4 cit. Ueberhaupt vgl. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot.

7) Tit. Dig. quod legatorum 43, 3. Die Formel des Interdiktes hat Lenel edictum S. 363 zutreffend restituirt. Das Interdikt stand ursprünglich nur dem bonorum possessor zu. Erst die justinianische Kompilation hat es durch Interpolationen — zweckmäßigerweise — dem Erben als solchem gewährt. Vgl. Lenel a. a. O. S. 362. Siehe namentlich Ubbelohde, erbrechtliche Interdikte in der Fortsetzung von Glück.

8) l. 1 C. communia de legatis 6, 43, oben Anm. 3.

9) Es galt der Satz „lis infitiando crescit in duplum", Gajus, Inst. IV § 9. Vgl. über die „actio ex testamento" Lenel, edictum S. 295.

10) §§ 19, 23, 26 J. de actionibus 4, 6. § 7 J. de obl. quasi ex contr. 3, 27 und die restituirte l. 45 § 7 C. de episcopis 1, 3. Siehe namentlich L. Seuffert im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 S. 363. Aus dem im Texte angeführten Grunde ist auch die Ungehorsamsstrafe der nov. 131 cap. 11 weggefallen.

11) l. 47 §§ 2 und 4 ff. D. de leg. I, l. 26 § 1, l. 59 D. eod. Salkowski a. a. O. S. 153. Aelteres Recht hat sich in l. 23 D. de V. O. 45, 1 erhalten. Salkowski a. a. O. S. 222. Dem Belasteten liegt die Verwahrung der vermachten Sache ob, heutzutage auch Versicherung gegen Feuer, sowie Transportgefahr — auf Kosten des Legatars — wenn dies nach den Umständen ein sorgfältiger Mensch nicht versäumt hätte.

Dem Belasteten steht andererseits ein Recht auf Ersatz nothwendiger Verwendungen zu.[13]

3. Der Vermächtnißnehmer hat endlich ein Recht auf Kaution durch Bürgen, wenn das Vermächtniß befristet oder aus anderen Gründen noch nicht unmittelbar zahlbar ist.[14][15] Der Zwang zur Kaution war in Rom nur ein indirekter. Wurde sie nicht bestellt, so erhielt der Vermächtnißnehmer missio legatorum servandorum causa in den Nachlaß, damit Detention und Obhut desselben, und prätorisches Pfandrecht.[16] Dazu fügte Caracalla die s. g. missio Antoniniana, d. h. Einweisung auch in das eigene Vermögen des Erben, um sich aus den Früchten bezahlt zu machen, wenn das fällige Vermächtniß nach gerichtlicher Mahnung nicht binnen 6 Monaten bezahlt war.[17]

Gemeinrechtlich wird direkt auf die Kaution bei Vermeidung der Sequestration des Nachlasses geklagt. Die Missionen sind der Praxis fremd.[18]

4. Justinian gab noch ein gesetzliches Pfandrecht an den Nachlaßobjekten.[19] Dies ist im gemeinen Rechte auf einen Pfandrechtstitel herabgesunken.

---

12) l. 108 § 12 D. de leg. I, vgl. Salkowski a. a. O. S. 228. Nach B.G.B. haftet der Beschwerte für jede Fahrlässigkeit.

13) l. 58—61 D. de leg. I. Salkowski S. 526. Hat der Belastete restituirt, ohne Ersatz für seine Verwendungen zu beanspruchen, so hat er je nach den Umständen des Falles Kondiktionen. Aber auch eine actio negotiorum gestorum wird ihm zustehen. Nach B.G.B. § 2185 richten sich die Ersatzansprüche des Beschwerten nach denjenigen Vorschriften, die für das Verhältniß zwischen dem Besitzer und dem Eigenthümer gelten.

14) Tit. Dig. ut legatorum seu fideicommissorum 36, 3. Die Fassung der Stipulation siehe bei Lenel, edictum S. 421. Das Edikt gehörte bereits der Republik an; Ofilius kannte dasselbe l. 1 § 15 D. h. t. 36, 3. Dem B.G.B. sind diese Bestimmungen unbekannt.

15) Der Erblasser kann die Verpflichtung zur Kaution erlassen, l. 2, l. 7 C. ut in possessionem legatorum 6, 54. der Vermächtnißnehmer auf sie verzichten, l. 46 D. de pactis 2, 14. Aus persönlichen Gründen befreit sind Fiskus und Stadtgemeinden, l. 1 § 18, l. 6 § 1 D. h. t. 36, 3. Eine specielle Dispensation ist ferner in l. 6 C. ad S. C. Trebellianum 6, 49 angeordnet, wozu noch nov. 22 cap. 41 kommt.

16) Tit. Dig. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat 36. 4. Das Edikt siehe bei Lenel, edictum S. 297.

17) l. 5 §§ 16—21 D. ut in possessionem legatorum 36, 4.

18) Die missio legatorum servandorum causa wurde in der älteren gemeinrechtlichen Praxis, wenn auch selten, zur Anwendung gebracht, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 416 Anm. 29. Den heutigen Prozeßgrundsätzen entspricht sie nicht. Sie ist veraltet. Vgl. R.G. Bd. 24 S. 126, Hellmann in den Festgaben für Planck, S. 243, Ubbelohde in d. Fortsetzg. v. Glück's Kommentar Buch 43, 44 Thl. 3 S. 221.

19) l. 1, l. 2 C. communia de legatis 6, 43. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 328, Salkowski a. a. O. S. 669.

§ 100. Zwecke der Vermächtnisse. Gunst und Ungunst.

Die Vermächtnisse bilden Liberalitäten, die zu den mannigfachsten Zwecken, zu gutem Gebrauch, aber auch zu Mißbrauch dienen können.

Der nächste, ohne Zweifel älteste Zweck ist der einer Ausgleichung innerhalb der Familie. Einem der Söhne das Erbe zu überlassen, war in Rom wie heute vielfach wirthschaftlich und social gerechtfertigt. Die Ausgleichung geschah durch Legate an die übrigen Familienglieder. Der Wittwe namentlich wurde ihre dos und das zu ihrem persönlichen Gebrauch Angeschaffte herkömmlicherweise legirt, Töchter, Enkel und andere Familienglieder erhielten Abfindungen in Form von Legaten.

Ein weiterer hochwichtiger Zweck der Vermächtnisse trat später, und ganz besonders in der christlichen Kaiserzeit in den Vordergrund, nämlich die Förderung öffentlicher Zwecke, insbesondere durch fromme Stiftungen.

Es war zudem in Rom allgemeine Sitte, daß der Erblasser seinen Privatfreunden und Parteigenossen, die ihm während seines Lebens unentgeltliche Dienste geleistet hatten, bei seinem Tode Vermächtnisse aussetzte. Gerade dies geschah oft in übertriebener Weise zum Ruin der Erben, denen nicht das zur Aufrechterhaltung der Stellung der Familie Nöthige übrig blieb. Die Vermächtnisse, wohlthätig in gewissen Schranken, verderblich im Uebermaße, erfuhren vom Rechte seit Alters Gunst und Ungunst.

1. Ohne Zweifel hatte der Prätor die familienrechtlichen Vermächtnisse vorzugsweise im Auge, als er die „satisdatio legatorum servandorum causa“ vorschrieb, wie es ja auch bei uns Sitte ist, daß die „Erbgelder“ abgefundener Familienglieder sichergestellt werden.[1]

Hohe Gunst war auch die scharfe Klage aus dem legatum per damnationem.[2]

In der christlichen Kaiserzeit wurden die Vermächtnisse zu frommen Zwecken durch zahlreiche Privilegien gefördert.[3]

---

1) Oben § 99 Anm. 14. Daß bei der satisdatio und missio legatorum servandorum causa die Legate an die weiblichen Angehörigen der Familie eine besondere Rolle spielten, dafür mag in Betracht kommen l. 14 D. ut in possessionem legatorum 36, 4. Labeo, libro 2 Posteriorum a Javoleno epitomatorum: Quae legatorum servandorum causa in bonis est, in causa vescendi deminuet, si filia neptis proneptis uxorve esset nec nupta sit nec suum quicquam habeat.

2) Oben S. 191.

3) Es gehört dahin die Verurtheilung des Belasteten auf das Doppelte, wenn er es der bischöflichen Aufforderung unerachtet zur Klage kommen ließ. Darüber vgl. oben § 99 Anm. 10. Ferner, daß bei Vermächtnissen zu milden Zwecken, wenn sie der Belastete nicht binnen 6 Monaten nach der Bekanntmachung berichtigt, ohne Mahnung Früchte und Zinsen von der Zeit des Todes des Erblassers an zu ersetzen sind, nov. 131 cap. 12. Dann, daß derartige Vermächtnisse dem Abzug der Falcidischen

2. Andererseits trat man der Verschwendung durch Vermächtnisse entgegen.

Alte Rechtsordnung ist, daß Vermächtnisse stets nur so weit gelten können, als der Nachlaß einen Ueberschuß der Aktiven über die Passiven abwirft. Dies wendet man entsprechend auf Nachvermächtnisse an. Sie sind nur so weit gültig, als der Vermächtnißträger etwas vom Erblasser empfangen hat.[4] Justinian gestattet dem Erben die Berufung auf die Insufficienz des Nachlasses jedoch nur, wenn er in gehöriger Weise und Zeit ein Inventar errichtete.[5]

Den Erben, welche den Erblasser zu repräsentiren haben, glaubte man weiter durch positive Gesetze die Mittel zu dieser Repräsentation sichern zu müssen.[6]

a) Die lex Furia testamentaria setzte das Maximum der Legate und sonstigen Gaben von Todeswegen für den einzelnen Honorirten auf die verschwindend kleine Summe von 1000 Assen. Dies abgesehen von den gesetzlich ausgenommenen Fällen, welche die familienrechtlichen Legate in sich begriffen.

b) Nach der lex Voconia, — die auch den römischen Bürgern erster Klasse die Erbeinsetzung der Frauen verbot — durfte Niemand mehr durch Legat oder sonst von Todeswegen bekommen, als dem Erben oder der Gesammtheit der Erben verblieb.[7]

c) Die lex Falcidia — aus der Zeit des zweiten Triumvirats — führte eine Erbschaftssteuer ein und hob zugleich die bisherigen die Vermächtnisse beschränkenden Gesetze auf. Jedoch schreibt sie vor, daß dem

---

Quart nicht unterliegen, nov. 131 cap. 12. Vgl. Marezoll, z. L. von den Legaten ad pias causas in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 6.

4) l. 114 § 3 in fine D. de leg. I. Marcianus libro 8 institutionum: placet non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est, l. 1 § 17 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. l. 12 C. de testamento militis, 6, 21. Immerhin entscheidet Papinianus libro 20 quaestionum l. 70 § 1 D. de leg. II, haec ita si quantitas cum quantitate conferatur, enimvero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam quamquam majoris pretii restituere, non est audiendus, legatarius, legato percepto si velit computare, non enim aequitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit legatarius offerat. Vgl. Arndts bei Glück Bd. 47 S. 287, Salkowski das. Bd. 49 S. 701, B.G.B. § 2187.

5) Nov. I. cap. 2 § 2, B.G.B. § 1994. R.G. Bd. 10 S. 121 hat sich dahin entschieden, daß der Erbe den Vermächtnißnehmern selbst dann über den Betrag des Nachlasses hinaus hafte, wenn ihm der Erblasser die Errichtung eines Inventars letztwillig erlassen hat. Aber die Novelle hat die gesteigerte Haftung als „poena malitiae“ quod leges transgressus est“ bestimmt. Ist dies für den Erben, welchem der Erblasser das Inventar erlassen hat, zutreffend? Gegen das R.G. auch Kretschmar, erbrechtliche Compensationen 1892 S. 40.

6) Gajus, Inst. II §§ 224 ff.

7) Ueber die bezügliche Bestimmung der lex Voconia vgl. Fr. Kahn, zur Geschichte des römischen Frauenerbrechts 1884 S. 30.

Erben der vierte Theil seiner Erbportion frei von Legaten verbleiben muß.[8]

3. Das B.G.B. hat die Falcidische Quart beseitigt.

§ 101. Die Falcidische Quart.[1]

Bei der Interpretation des Falcidischen Gesetzes mußten die Interessen des Erben und der Legatare vielfach in Widerspruch treten. Da stellte sich die Jurisprudenz überwiegend auf die Seite des Erben, insbesondere durch die getrennte Berechnung für Miterben und den Satz, daß nur einzurechnen sei, was man in der Eigenschaft als Erbe erhielt.

1. Zum Quartabzug berechtigt ist nur der Erbe.[2]

Andere von Todeswegen Bedachte, die mit Vermächtnissen belastet sind, haben ein selbständiges Recht zum Abzug der Quart nicht.[3]

Dagegen übertragen sie den ihnen gemachten Abzug verhältnißmäßig auf die Nachvermächtnißnehmer, wenn dies nicht vom Erblasser verboten ist.[4]

Es gilt der wichtige Satz, daß jeder Miterbe die Quart für sich besonders berechnet und abzieht.[5]

---

8) Die lex Falcidia ist im Jahre 714 der Stadt rogirt worden, vgl. Dio Cassius libro 48 cap. 33 in fine. Das betreffende — zweite Kapitel — lautete nach l. 1 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2: quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantum cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus potestasque esto, dum ita detur legatum ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant: eis quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est. Doch ist der Wortlaut entstellt, vgl. Gradenwitz in d. Zeitschr. der Savigny-Stiftg., rom. Abthlg. Bd. 14 S. 116.

1) Tit. Inst. de lege Falcidia 2, 22. Tit. Dig. ad legem Falcidiam 35, 2, Cod. 6, 50. Dernburg, die Einrechnung in den Antheil des Erben bei der Quarta Falcidia im Arch. f. civ. Pr. Bd. 47 n. 16. Brinz Bd. 3 S. 322—370. Kretschmar, erbrechtl. Compensationen 1892.

2) Ursprünglich nur der Testamentserbe, seit Antoninus Pius auch der mit Fideikommissen belastete Intestaterbe, l. 18 pr. D. h. t. 35, 2.

3) Dies gilt auch für den Universalfideikommissar, l. 47 § 1 D. h. t. 35, 2. Vgl. aber auch l. 57 § 2 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 unten § 123.

4) l. 32 § 4 D. h. t. 35, 2. Marcianus libro 9 fideicommissorum: Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta esset, cum ipse quoque quinque Sejo rogatus esset restituere, Vindius noster tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum ait quantum Titio ex viginti detractum esset. Erhielt also dieser Titius in Folge des Quartabzugs nur 15, so hat er dem Sejus bloß $3^3/_4$ zu restituiren. — Vgl. auch B.G.B. § 2188. Ist der verkürzte Legatar mit einem Alimentenvermächtniß belastet, so gilt als Meinung des Erblassers, daß die Reduktion nicht auf dasselbe übertragen wird, l. 25 § 1 D. h. t. 35, 2.

5) l. 77 D. h. t. 35, 2. Gajus libro 18 ad edictum provinciale: In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur. et ideo si Titio et Sejo heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Sejo autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae. Betrug also die Erbschaft 400 und es ist Titius mit Vermächtnissen zum Belauf von 200 beschwert, Sejus aber nur bis zum Belauf von 100, so ist Titius befugt, 50 als Quart für sich abzuziehen, obgleich die Erbschaft als Ganzes nicht überschwert wäre.

Hieraus entstehen aber schwierige, zum Theil höchst bestrittene Fragen, falls derselbe Erbe verschiedene Portionen erhält.[6]

a) Zuweilen bleibt es dann durchaus bei der Trennung. Dies dann, wenn die verschiedenen Portionen von verschiedenen Erben erworben waren und später zufällig, insbesondere dadurch, daß der eine Erbe den anderen beerbt, in dieselbe Hand kommen.[7]

b) Zuweilen tritt schlechthin Vereinigung ein. Dies dann, wenn derselbe Erbe in demselben Grade auf verschiedene Portionen, sei es bedingt oder unbedingt, eingesetzt war und sie sämmtlich erwirbt.[8]

c) Unter Umständen bleiben die Portionen getrennt, aber der Ueberschuß einer Portion kommt den Legataren einer anderen zu Gute. So ist es namentlich, wenn ein Miterbe zu seiner Urportion durch Akkrescenz[9] noch eine weitere Portion erwirbt. Den Legataren der Urportion kommt hier der Ueberschuß der hinzutretenden Portion zu Gute. Im übrigen wird getrennt gerechnet.

Entsprechend ist der Fall zu behandeln, daß ein Institut die Portion eines Miterben in Folge einer Substitution zu der seinen erwirbt.[10] [11]

2. Das Viertel seiner Erbportion muß dem Erben frei wie von Vermächtnissen, so auch von Schenkungen auf den Todesfall und von Leistungen condicionis implendae causa verbleiben.[12]

Bei der Berechnung ist der gemeine Werth des Nachlasses,[13] und zwar in der Regel nach der Zeit des Todes des Erblassers anzuschlagen.[14]

Auf dieser Grundlage ist das „Soll" der Quart und das „Hat" zu ermitteln und zu vergleichen.[15]

---

6) Bezüglich der Frage, wie die Falcidische Quart zu berechnen sei, wenn verschiedene Erbschaftsportionen an eine und dieselbe Person kommen, vgl. namentlich Vangerow Bd. 2 § 535 und die dort Citirten. Dazu J. Amann, die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile 1876.

7) l. 1 § 15 D. h. t. 35, 2.

8) l. 11 § 7 D. h. t. 35, 2 am Schlusse.

9) l. 78 D. h. t. 35, 2. Die l. 1 § 14 D. eod., welche die Vereinigung der Portionen vorschreibt, behandelte die caducorum vindicatio. Vgl. oben § 92.

10) Bezüglich des Falles, in welchem der Institut zu seiner Institutionsportion eine Substitutionsportion hinzu erwirbt, sind die Meinungen sehr getheilt. Vgl. unsere früheren Auflagen.

11) In gleicher Weise behandelte man in Rom das Verhältniß, wenn ein Hausvater neben seinem Hausuntergebenen zum Erben eingesetzt war und beide Portionen erwarb. Die Portionen blieben getrennt, aber der Ueberschuß der Portion des Hausuntergebenen kam den Legataren des Vaters zu gute, l. 21 § 1. l. 25 pr. D. h. t. 35, 2. Dieser Fall ist unpraktisch geworden.

12) Die lex Falcidia bezog sich nur auf Legate. Das S. C. Pegasianum dehnte sie auf Singular- und Universalfideikommisse aus, Gajus, Inst. II § 254, Severus auf mortis causa donationes und Schenkungen an den Ehegatten, welche durch den Tod des Schenkers vor dem Beschenkten konvalesciren. l. 32 § 1 D. de don. i. v. et u. 24. 1, l. 5, l. 12 C. h. t. 6, 50. l. 2 C. de mortis causa don. 8. 56 — vgl. unten § 118 Anm. 2 —, endlich Justinian auch auf das condicionis implendae causa datum, l. 18 pr. C. h. t. 6, 50.

13) l. 62 § 1, l. 63 pr. D. h. t. 35, 2.

14) l. 73 pr. D. h. t. 35, 2. Doch ist dies nur allgemeine Regel. Absolut festgehalten wurde sie nicht, sofern besondere Gründe dafür sprachen, einen anderen Zeitpunkt zu Grunde zu legen, l. 56 pr. § 1, l. 83 D. h. t. 35, 2.

15) Nach der gewöhnlichen Darstellung — z. B. von Arndts § 563 — soll bei

a) Zur Feststellung des „Soll“ der Quart ist der Nettobetrag des Nachlasses zu berechnen, also die Summe des Werthes der körperlichen Erbschaftssachen, der Forderungen des Erblassers[16] — die an seinen Erben inbegriffen —,[17] und anderer Rechte nach Abzug der Nachlaßschulden — auch der gegenüber dem Erben[18] —, der Begräbniß- und Bestattungs-,[19] der Inventarisirungs- und der Liquidirungskosten des Nachlasses. Hiernach ergiebt sich der Nettobetrag der Erbportion und weiter durch Theilung mit vier die dem Erben gebührende Quart. Vom Erben böslich hinterzogene Nachlaßsachen werden in die Erbschaftsaktiven nicht eingerechnet, mindern also das „Soll“ der Quart.[20]

b) Beim „Hat“ ist dem Erben nur anzurechnen, was er als Erbe — titulo hereditario — netto aus der Erbschaft hat.[21] Das ergiebt sich, wenn man von dem Betrage seiner Erbportion, wie sie sich nach Abzug der Erbschaftslasten stellt, die ihm auferlegten Vermächtnisse und gleichgestellten Lasten abzieht. Dabei werden betagte Vermächtnisse mit Berücksichtigung des Interusuriums angesetzt, suspensiv bedingte zunächst noch nicht berücksichtigt,[22] lebenslängliche Prästationen aber in einer Kapitalsumme nach der vermuthlichen Lebensdauer angeschlagen.[23]

Nicht einzurechnen ist dem Erben in das „Hat“ der Quart, was er aus dem Nachlasse, aber nicht als Erbe erhielt, also namentlich nicht, was er von Miterben oder Dritten als Vermächtniß oder condicionis implendae causa datum oder

---

der Berechnung so zu verfahren sein, daß man den Nettobetrag des Nachlasses ermittelt, damit auch der Erbportion, und dann die Vermächtnisse addirt, woraus sich ergeben soll, ob die Quart frei bleibe. So mag man in einfachen Fällen vorgehen. Aber mit Recht macht Brinz Bd. 3 S. 348 darauf aufmerksam, daß die römischen Juristen eine umständlichere Berechnungsweise zu Grunde legen, was auch für manche Fragen und Verwickelungen durchaus nicht überflüssig ist.

16) Forderungen gegen insolvente Schuldner sind auf den Betrag zu schätzen, welcher beitreibbar ist, l. 63 § 1 D. h. t. 35, 2, l. 82 D. eod. Wie bei bedingten Forderungen und Schulden zu verfahren ist, erörtert l. 73 § 1 D. h. t., wie bei Naturalobligationen l. 1 § 17 D. h. t. 35, 2.

17) l. 1 § 18 D. h. t. 35, 2: „quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur“.

18) l. 87 § 2 D. h. t. 35, 2.

19) Es sind nur angemessene und mäßige Kosten für die Beerdigung und ein Grabdenkmal in Abzug zu bringen, l. 1 § 19, l. 2 D. h. t. 35, 2. Vgl. auch l. 6 D. eod.

20) l. 24 D. h. t. 35, 2. Paulus libro 14 responsorum respondit Falcidiae legis rationem si haberi oportet, ita habendam, ac si hae res, quae ab herede subtractae sunt, in hereditate relictae non fuissent. Das erschien Mommsen so unbegreiflich, daß er das „non“ zu streichen vorschlägt, wodurch die Stelle jedoch recht fade würde. Der Sinn ist aber: die vom Erben unterschlagenen Sachen werden bei Berechnung des Soll der Quart nicht in Betracht gezogen. Diese wird also um so viel kleiner. Daß die unterschlagenen Nachlaßsachen in dem „Hat“ des Erben stehen, ist selbstverständlich. Vgl. Brinz a. a. O.

21) Bezüglich der Früchte, die der Erbe noch von vermachten Objekten zieht, vgl. Kretschmar a. a. O. S. 37 und unten § 122 Anm. 17.

22) l. 45 pr. § 1, l. 73 § 1 D. h. t. 35, 2.

23) Eine berühmte Tabelle über die präsumtive Lebensdauer giebt l. 68 D. h. t. 35, 2. So interessant sie historisch ist, so hat sie doch keine praktische Bedeutung mehr. Vielmehr müssen derzeit die auf umfassenderen Beobachtungen beruhenden, aus den heutigen Verhältnissen geschöpften Mortalitätstabellen, wie sie den Lebensversicherungen zu Grunde liegen, zu Rathe gezogen werden.

vom Erblasser direkt durch Schenkung auf den Todesfall erlangte.[24] Der Erblasser kann jedoch die Anrechnung auch solcher Zuwendungen anordnen.[25]

Vergleichung zwischen Soll und Haben ergiebt, ob die Quart frei oder überschwert ist.

3. Soweit die Quart nicht frei ist, sind die Vermächtnisse nichtig, verkleinern sich also zum entsprechenden Theile von Rechtswegen.[26] Untheilbare Vermächtnisse sind nur gegen Einschuß der entsprechenden Summe zu entrichten.[27]

Besteht begründete Besorgniß einer Ueberschwerung der Quart in Folge künftiger Ereignisse, insbesondere des möglichen Eintrittes der Bedingung suspensiv bedingter Vermächtnisse, die vorerst noch außer Ansatz blieben, so sind die vorläufig quartfreien Vermächtnisse nur gegen Kaution auszuzahlen.[28]

Der Erblasser kann, ohne das Recht des Erben auf die Quart zu verkürzen, verordnen, daß der Quartabzug in erster Linie auf gewisse Vermächtnisse fallen und nur eventuell andere treffen soll.[29]

Der Erbe kann auf die Geltendmachung der Quart verzichten.[30]

4. Gewisse Vermächtnisse unterliegen dem Abzug nicht.

Vor allem solche, die keine Minderung des Nachlasses enthalten.[31]

Außerdem in Folge gesetzlichen Privilegiums Vermächtnisse, durch welche der Ehemann seiner Frau die für ihren persönlichen Gebrauch von ihm angeschafften Sachen zuwendet,[32] ferner Vermächtnisse zu frommen Zwecken[33] und das Vermächtniß des Pflichttheiles.[34]

Die befreiten Vermächtnisse werden wie Nachlaßschulden behandelt.[35]

---

24) l. 74 D. h. t. 35, 2: Quod autem dicitur si ex judicio defuncti quartam habeat heres solida praestanda esse legata ita accipere debemus, si hereditario jure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit in quadrantem ei non imputatur.

25) Vgl. über das klassische Recht l. 75, l. 90 D. h. t. 35, 2, l. 11 C. h. t. 6, 50, Dernburg a. a. O. S. 294. Seit der Novelle 1 kann der Erblasser die Einrechnung zwingend vorschreiben.

26) l. 73 § 5 D. h. t. 35, 2. Ist der Legatar bereits im Besitz des Vermachten, so kann der Erbe seinen entsprechenden Theil vindiciren, l. 26 D. h. t. Er kann, wenn er aus Irrthum zu viel geleistet hat, kondiciren, l. 9 C. h. t. 6, 50. Ob absolute oder relative Nichtigkeit anzunehmen ist, erörtert Kretschmar a. a. O. S. 6.

27) l. 80 § 1 D. h. t. 35, 2.

28) Tit. Dig. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur 35, 3.

29) l. 88 pr. § 1 und 2 D. h. t. 35, 2.

30) l. 19 C. h. t. 6, 50, vgl. l. 15 § 1 D. h. t. 35, 2. Nach nov. 1 cap. 3 soll der Erbe, welcher einzelne Vermächtnisse voll entrichtet, während er weiß, daß ihm das Recht des Quartabzuges zusteht, so angesehen werden, als ob er damit erkläre, daß er überhaupt auf die Quart verzichte, insbesondere auch anderen Vermächtnißnehmern gegenüber. Natürlich kann diese „Vermuthung“ durch Vorbehalt ausgeschlossen werden.

31) Es ist dies namentlich beim s. g. Schuldvermächtnisse — unten § 112 Ziff. 3 — der Fall, soweit es kein Mehr über den Schuldbetrag gewährt, l. 81 § 1 D. h. t. 35, 2.

32) l. 81 § 2 D. h. t. 35, 2 und namentlich l. 45 D. de leg. III.

33) nov. 131 cap. 12.

34) l. 87 pr. § 4 D. de leg. II, l. 36 pr. § 1 e C. de inofficioso test. 3, 28.

5. Das Recht der Falcidischen Quart erlitt eine vollständige Umwälzung durch die Novelle 1 von Justinian.

Die lex Falcidia bezweckte eine Beschränkung des Erblassers. Sie war zwingendes Recht, so daß er sie nicht ausschließen konnte.[36]

Die Novelle 1 aber verstattete dem Erblasser anzuordnen, daß die Vermächtnisse einer Reduktion mit Rücksicht auf die Falcidische Quart nicht unterliegen sollen.[37]

Außerdem bestimmte die Novelle 1, daß das Recht des Erben zum Abzug der Quart wegfalle, wenn er nicht ein gehöriges Inventar über den Bestand des Nachlasses rechtzeitig errichtet habe.[38]

B. Errichtung der Vermächtnisse.

§ 102. 1. Der Errichtungsakt.

Vermächtnisse können angeordnet werden:[1]

a) in einem Testamente,

b) in einem Kodicille, sei es nun ein testamentarisches oder ein Intestatkodicill,

c) als Oralfideikommisse.

Formlose Verfügungen anderer Art mögen eine natürliche Verbindlichkeit des Erben begründen. Rechtliche Bedeutung erhalten sie aber nur, wenn sie der Erbe erfüllt oder sich in bindender Weise zur Erfüllung verpflichtet.[2]

In zweifelhaften Fällen hat die Auslegung den Willen des Erblassers zu ermitteln, ohne an den Wortsinn gebunden zu sein.

---

35) Es ist nicht zu verkennen, daß diese Weise der Rechnung indirekt auch den nichtbefreiten Vermächtnissen zu gute kommen kann. Allein die römischen Juristen haben sie anerkannt, und zwar in l. 18 pr. D. de test. mil. 29, 1. Die Entscheidung ist dort offenbar nicht mit Rücksicht auf den besprochenen Fall, vielmehr im Interesse der Einfachheit getroffen. Sie ist daher bei allen von der Quart gesetzlich befreiten Vermächtnissen anzuwenden. Windscheid Bd. 3 § 652 Anm. 24 will dies namentlich bezüglich der Vermächtnisse zu milden Zwecken nicht gelten lassen. Mit Unrecht. Es handelt sich im Grunde um rein positive Bestimmungen. Die ganze Lehre ist schon verwickelt genug. Immer mehr zu distinguiren ist vom Uebel. Die herrschende Ansicht stimmt hiermit überein. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 538 a. E.

36) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 297.

37) Die Novelle 1 cap. 2 § 2 schließt den Abzug aus, wenn dies der Erblasser „expressim" als seinen Willen erklärt hat. Manche verlangen hiernach eine wörtliche Erklärung dieses Inhalts, dies ist aber nicht anzunehmen, es genügt, daß aus der Verfügung die bestimmte Absicht des Erblassers erhellt, die gesetzliche Regel des Quartabzugs auszuschließen. R.G. Bd. 22 S. 229 und dort Citirte. Aber nicht genügen kann, wie Manche annehmen, daß der Erblasser nicht im Irrthum darüber war, daß er dem Erben durch seine Vermächtnisse mehr als 3/4 entziehe.

38) Vgl. nov. 1 cap. 2 § 2, oben Bd. 3 § 100 Anm. 5.

1) Vgl. oben Bd. 3 §§ 70 ff. Nach B.G.B. § 1939 können Vermächtnisse nur in einem Testamente angeordnet werden, über den Begriff desselben siehe § 1937.

2) R.G. Bd. 8 S. 314.

Läßt sich nicht feststellen, welches von mehreren Objekten vermacht sein sollte, so gilt das minderwerthige als vermacht.[3] [4]

§ 103. 2. Die Subjekte der Vermächtnisse.

Drei Subjekte sind dem Vermächtnisse nöthig, der Erblasser, der es anordnet, der Honorirte, der es empfängt, der Onerirte, welchem es obliegt.

1. Das Vermächtniß anordnen kann jeder Erblasser, wenn er testirfähig ist.[1]

2. Fähig mit Vermächtnissen bedacht zu werden ist jede Person, auch eine künftige für den Fall ihrer Existenz. Auch dem Erben können Vermächtnisse zugewendet werden.[2]

Sind mehrere Personen zusammen bedacht, so theilen sie sich in das Vermachte in der Regel nach Köpfen.[3]

Sind sie alternativ bedacht, so sind sie in der Regel korrealiter berechtigt.[4] Denn nach deutschen Sprachgesetzen kann nicht, wie Justinian will, das „oder" als „und" ausgelegt werden.[5]

Ist Einem aus einem Kreise von Personen vermacht, so kann der Belastete leisten, wem er will. Im Falle der Nichtleistung haben alle Betheiligte insgesammt zu klagen.[6]

2. Was den Onerirten anlangt, so ist:

a) Jeder belastungsfähig, wer von Todeswegen aus dem Vermögen des Erblassers etwas erhält, was dieser ihm zutheilte oder willkürlich entziehen konnte.[7]

---

3) l. 39 § 6 D. de legatis I, l. 75 D. de leg. III.

4) Zu beachten ist auch die Regel: in legatis novissimae scripturae valent. l. 12 § 3 D. de leg. I. Vgl. ferner Schrader im Archiv für civ. Praxis Bd. 33 n. 1: „Wenn in zwei mit einander geltenden letztwilligen Verordnungen demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht ist" u. s. f.

1) Oben Bd. 3 § 67.

2) Ueber die Prälegate zu Gunsten des Erben siehe unten § 115.

3) Dies nach den allgem. Regeln des röm. Rechtes, l. 19 § 2 D. de leg. I. Ebenso B.G.B. § 2157.

4) l. 16 D. de leg. II. Vgl. oben § 78 Anm. 12. B.G.B. § 2152.

5) Oben Bd. 3 § 78 Anm. 12.

6) l. 17 § 1, l. 24, l. 25, l. 67 § 7, l. 77 § 4 D. de leg. II. Arndts bei Glück Bd. 46 S. 416. Vgl. auch B.G.B. § 2151.

7) l. 1 § 6 D. de leg. III. Ulpianus libro 1 fideicommissorum: Sciendum est autem eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus vel dum eis datur vel dum eis non adimitur. — Nicht belastet kann werden, wer etwas aus dem Nachlasse „fortuito, non judicio testatoris" erhält, l. 6 § 1 D. de leg. III, oder gegen dessen Willen, l. 31 C. de fideicommissis 6, 42. Ferner auch nicht, wer zwar einen Vermögensvortheil, aber keine Vermögens-

Dies in Gemäßheit der Lehre der Fideikommisse, während Legate nach klassischem Rechte nur den Testamentserben aufgelegt werden konnten.[8]

Es können also belastet werden: Intestat- und Testamentserben, der Fiskus, der an Erbesstatt steht, Vermächtnißnehmer, auf den Todesfall widerruflich Beschenkte,[9] wer condicionis implendae causa etwas empfing,[10] und die Erben aller dieser Personen.[11]

Auch dem Schuldner des Erblassers kann ein Fideikommiß aufgelegt werden.[12]

b) Sofern der Erblasser nichts Besonderes verfügt hat, gelten seine Erben als belastet.[13]

Und zwar sind die den Erben obliegenden Vermächtnisse in der Regel getheilt, nach dem Maße der Erbtheile.[14] Natürlich kann der Erblasser aber auch in dieser Hinsicht Anderes bestimmen, namentlich die Erben nach Kopftheilen belasten oder solidarisch haften lassen. Auch die Untheilbarkeit des vermachten Gegenstandes kann eine Art solidarischer Verpflichtung des Belasteten bewirken.[15] [16]

§ 104. 3. Gegenstand der Vermächtnisse. Regula Catoniana.

I. Gegenstand des Vermächtnisses kann jeder Vermögensvortheil sein. Nach seinem Gegenstande differenziren sich die Vermächtnisse. Hiervon wird in dem speciellen Theile der Lehre die Rede sein.

Die Schranken sind durch die allgemeinen Rechtsprincipien gegeben.

---

vermehrung durch das Vermächtniß erhielt. Vgl. die oben Bd. 3 § 98 Anm. 10 abgedruckte Stelle. B.G.B. § 2147 Satz 1 bestimmt: Mit einem Vermächtnisse kann der Erbe oder ein Vermächtnißnehmer beschwert werden. Vgl. aber auch § 2301.

8) Gajus, Inst. II § 271.

9) l. 3 pr. D. de leg. III, l. 77 § 1 D. de leg. II, l. 9 C. de fideicommissis 6, 42.

10) l. 96 § 4 D. de leg. I.

11) l. 5 § 1, l. 6 pr. D. de leg. III.

12) l. 26 pr. D. depositi 16. 3, l. 77 D. de leg. I. Ueber dies interessante Rechtsverhältniß vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 1 ff.

13) Sehr häufig war die Formel „quisquis mihi heres heredesque erunt", l. 36 pr. D. de cond. et dem. 35, 1, l. 3 D. de leg. I. Siehe weiter Brissonius de formulis liber VII cap. 137 ff. Doch genügt, daß Niemand speciell als Onerirter bezeichnet ist, damit als onerirt gilt, wer Erbe wird. Ebenso B.G.B. § 2147 Satz 2.

14) l. 33 pr., l. 44 pr. D. de leg. II, B.G.B. § 2148.

15) Vgl. oben Bd. 2 § 24.

16) Ueber die Frage, ob Theilung nach Köpfen einzutreten habe, wenn der Erblasser alle oder einzelne seiner Erben bei der Belastung mit ihrem Namen aufführt, vgl. unsere früheren Auflagen.

1. Nichtig sind Leistungen unsittlichen Charakters, wie auch gesetzlich verbotene. [1] [2]

2. Nichtig sind ferner unmögliche Vermächtnisse. [3]

Dahin gehört das Vermächtniß einer res extra commercium. [4]

Es ist auch nicht etwa dessen Geldwerth zu leisten. Denn der Onerirte ist angewiesen, eine Sache und nicht Geld zu gewähren.

Ferner ist nichtig das Vermächtniß einer Sache, welche der Legatar nicht erwerben kann — deren commercium er für seine Person nicht hat —, obgleich sie objektiv nicht außer Verkehr ist. [5]

Nichtig ist endlich wegen Unmöglichkeit das Vermächtniß einer Sache, welche dem Legatar zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses bereits gehört hat. [6] War jedoch die Meinung, daß dem Legatar gewisse Ansprüche, welche der Erblasser oder auch ein Anderer bezüglich der Sache hat, überlassen, oder vielmehr, daß der Legatar von den bezüglichen Belastungen befreit werden soll, so steht dem Vermächtniß natürlich nichts entgegen. [7]

II. Es erhebt sich die Frage, ob das unmögliche Vermächtniß dadurch gültig wird, daß die Erfüllung vor dem Tode des Erblassers möglich wird. Vorzugsweise mit Rücksicht auf diese Frage bestand seit Alters die regula Catoniana. [8]

Sie lautet: welches Legat ungültig wäre, wenn der Testator im Augenblicke der Testamentserrichtung verstorben wäre, wird nicht gültig, mag er auch später versterben. [9]

---

1) l. 112 § 3 D. de legatis I, B.G.B. § 2171.

2) In Rom war verboten „quae aedibus juncta sunt“ zu vermachen, und zwar im Interesse der Erhaltung der Gebäude und der Städte, l. 41 § 1. l. 43 pr. D. de leg. I; Bachofen, ausgewählte Lehren S. 302. Das ist nicht recipirt.

3) Vgl. auch B.G.B. § 2171.

4) § 4 J. de leg. 2, 20.

5) l. 49 § 2 D. de leg. II. Paulus libro 5 ad legem Juliam et Papiam: Labeo refert agrum cujus commercium non habes legari tibi posse Trebatium respondisse, quod merito Priscus Fulcinius falsum esse ajebat.

6) § 10 J. de leg. 2, 20.

7) l. 71 § 5, l. 86 § 4 D. de leg. I.

8) Tit. Dig. de regula Catoniana 34, 7; Arndts, civ. Schriften Bd. 2 S. 485; Rivier, de discrimine, quod inter reg. Cat. Berlin 1858; Machelard, sur la règle Catonienne 1862; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 226. Von welchem der Catonen die Regel herrührt, ist durchaus ungewiß. Ueber die Frage, ob die Regel noch im justinianischen Rechte Geltung habe, vgl. Vangerow Bd. 2 § 540 IV.

9) l. 1 pr. D. h. t. 34, 7. Celsus libro 35 digestorum: Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere. Die regula Catoniana ist der Regel der l. 29 D. de reg. jur. 50, 17 verwandt „quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere“. Aber sie ist eine besondere Ausgestaltung desselben Grundgedankens. Sie bezieht sich nur auf solche Mängel, welche den Inhalt

Aber diese Regel, wonach, was ungültig ist, für immer ungültig bleibt, findet auf bedingte Vermächtnisse keine Anwendung.[10]

B.G.B. § 2171 hat die regula Catoniana beseitigt.

C. Aufhebung der Vermächtnisse.

§ 105. 1. Entkräftung von Testament oder Kodicill.

Vermächtnisse werden ungültig, wenn das Geschäft, mittels dessen sie errichtet sind, überhaupt seine Kraft verliert.

1. Dies gilt vor Allem dann, wenn das Testament unwirksam wird, welches sie anordnet.[1] Mit dem Testamente fallen auch die testamentarischen Kodicille und die in ihnen angeordneten Vermächtnisse zusammen.[2]

Die Vermächtnisse bleiben jedoch bei Kräften:

a) in Folge einer Kodicillarklausel, durch welche eventuell die Entrichtung den Intestaterben aufgelegt ist;[3]

b) wenn der Erblasser die Erbeseinsetzungen ausstreicht oder verlöscht, in der Absicht, sie zu widerrufen, die Vermächtnisse aber stehen läßt, um sie zu erhalten, so haben sie die Intestaterben zu entrichten.[4]

c) Das prätorische Edikt „si quis omissa causa testamenti" schützt die Vermächtnißnehmer gegen den Dolus der Erben, welche die Erbschaft ausschlagen, um sich oder Dritten den Nachlaß frei von Vermächtnissen zu verschaffen.

Der Erbe und der mit ihm Kolludirende haften in Folge des Edikts, soweit sie Erbschaftswerthe hinter sich haben oder dolos aufgeben, den Vermächtnißnehmern.[5]

---

der Anordnung betreffen, und nicht auf Mängel des Errichtungsaktes als solchen. Windscheid Bd. 3 § 638 Anm. 6, Arndts § 550 Anm. 1.

10) l. 3 D. h. t. 34, 7, l. 41 § 2 D. de leg. I. Ueberhaupt bezieht sie sich nicht auf . . ea legata quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Auch auf Erbeseinsetzungen soll die Regel nicht bezogen werden.

11) Das Vermächtniß einer dem Legatar gehörenden Sache wird daher gültig, wenn es ein bedingtes ist und wenn die Sache dem Legatar zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nicht mehr gehört, l. 98 D. de cond. et dem. 35, 1. In der l. 1 § 2 D. h. t. 34, 7 sind die Worte: „si eum alienaveris" als Theil der Vermächtnißanordnung aufzufassen, die also eine bedingte war. So beseitigt sich der anscheinende Widerspruch mit anderen Entscheidungen. Vangerow Bd. 2 § 525 S. 436 und dort Citirte. Andere in den Quellen erwähnte Anwendungen der Regel sind unpraktisch geworden. Vgl. über sie Windscheid Bd. 3 § 638 Anm. 4.

1) l. 9 D. de testamentaria tut. 26, 2. Pomponius libro 3 ad Quintum Mucium: Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his quae testamento scripta sunt. Das Prinzip des B.G.B. spricht aus § 2161: Ein Vermächtniß bleibt, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, wirksam, wenn der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnißnehmer wird. Beschwert ist in diesem Falle derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu Statten kommt.

2) l. 3 § 2 D. de jur. cod. 29, 7.

3) Vgl. oben Bd. 3 § 95.

4) l 2 D. de his, quae in testamento delentur 28, 4. So auch Windscheid Bd. 3 § 641 Anm. 4. Vgl. oben § 94.

2. Intestatkodicille fallen zusammen, wenn der Erblasser hinterher ein Testament errichtet, sofern er sie nicht aufrecht erhält. Die Erhaltung muß nicht ausdrücklich, sie kann auch indirekt erklärt sein.[6]

3. Mehrere Kodicille, die verschiedenen Zeiten angehören, gelten neben einander. Nur insoweit das spätere dem Inhalt des früheren widerspricht, ist letzteres aufgehoben.[7]

§ 106. 2. Besondere Gründe der Aufhebung der Vermächtnisse.

Die Vermächtnisse verlieren ferner ihre Kraft, theils um deswillen, weil sie sich nicht bestimmungsgemäß verwirklichen lassen, theils durch Widerruf des Erblassers.

---

5) Tit. Dig. si quis omissa causa 29, 4, Cod. 6, 39. Lenel, edictum S. 292 rekonstruirt das Edikt mit annähernder Sicherheit folgender Gestalt: si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possidebit dolove malo fecerit, quo minus possideat, causa cognita de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset. Die hiernach aufgestellte Klage war fikticisch. Die Interpretation hat die Ediktsnorm sehr erweitert. So haftet den Legataren der Testamentserbe, welcher „pretio accepto" die Erbschaft ausschlug, um sie dem Intestaterben zuzuwenden. Jedoch soll er erst nach diesem belangt werden, l. 2 D. h. t. 29, 4.

6) Viele behaupten, daß ein früheres Intestatkodicill ohne weiteres als Testamentskodicill bestehen bleibe, wenn eine Willensänderung des Erblassers nicht erweislich sei, so daß also im Zweifel die Errichtung eines Testamentes die Aufhebung früherer Kodicille nicht mit sich bringe: Fein bei Glück Bd. 44 S. 168; Sonnenschmidt, neue Erörterungen S. 153; Windscheid Bd. 3 § 640 Anm. 7. Dagegen spricht l. 5 D. de jure codicillorum 29, 7. Papinianus libro 7 responsorum: Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento quod postea factum est vel codicillis confirmentur aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur: sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit. Allerdings scheinen die Institutionen diese Stelle zu reprobiren. § 1 I. de codicillis 2, 25: Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere. quam si speciali postea voluntate confirmentur, sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ex his codicillis qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse. In Wahrheit ist kein Widerspruch zwischen den Stellen vorhanden. Mochte Papinian, wie die Institutionen erzählen, früher eine „specialis confirmatio" der Intestatkodicille verlangt haben, in der l. 5 cit. ist dies nicht der Fall. Er erklärt hier für genügend, daß in irgend einer Weise der Wille der Aufrechterhaltung des Intestatkodicilles erkennbar sei. — Da die responsa erst unter der Mitregentschaft von Severus und Antoninus und, wie es scheint, gegen den Schluß dieser Epoche verfaßt sind — Fitting, Alter der Schriften römischer Juristen S. 31 —, so hat es nichts Befremdendes, daß sich Papinian dem Reskript seiner Kaiser konformirt. Etwas Anderes besagen die Institutionen auch nicht, es muß „apparere", daß der Testator nicht von seinem früheren Willen abgestanden ist. Eine gesetzliche Vermuthung für den Fortbestand dieses Willens sprechen die Kaiser nicht aus. Sie würde ebensosehr dem Geiste des röm. Testamentsrechtes als der Lebenserfahrung widersprechen. Denn der Testator, welcher ein förml. Testament macht, will in der Regel eine neue Regulirung.

7) § 3 J. de codicillis 2, 25, l. 6 § 1 D. eod. 29, 7, B.G.B. § 2258 Abs. 1.

1. Fälle der ersten Art sind:

a) Der Honorirte stirbt vor dem Tode des Erblassers oder dem etwaigen späteren Eintritte des dies cedens,[1] oder er wird vorher erwerbsunfähig, z. B. die bedachte Korporation verliert die Korporationsrechte.

b) Der Onerirte fällt weg, ohne daß ein Anderer an seine Stelle tritt.

In der Regel ist freilich beim Wegfalle des Onerirten das Vermächtniß von dem zu erfüllen, welcher das dem Weggefallenen Zugewendete erwirbt oder behält. Dies ist aber nicht ausnahmslos. Es gilt namentlich dann nicht, wenn es sich um höchstpersönliche Leistungen handelt, ferner nicht im Falle entgegenstehender Bestimmungen des Erblassers.[2]

c) Das Vermächtniß kann aus Gründen, die in seinem Gegenstande liegen, nicht geleistet werden. Dies ist namentlich der Fall, wenn die vermachte Sache untergeht.[3] Tritt an deren Stelle ein neues Werthobjekt und ist dies im Nachlasse noch vorhanden, so besteht nach der vermutheten Absicht des Erblassers das Legat in der Regel fort.[4]

---

1) Vgl. unten § 107. B.G.B. § 2160 besagt: Ein Vermächtniß ist unwirksam, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt.

2) Francke, Beiträge, Abh. 6: „Wann werden Vermächtnisse ungültig durch Wegfall des damit Beschwerten", Arndts bei Glück Bd. 47 S. 265. Es wurde oben Bd. 3 § 88 Anm. 8, § 92 Anm. 5 hervorgehoben, daß die dem instituirten Erben persönlich auferlegten Vermächtnisse in der Regel als von dessen Substituten für den Fall seines Eintrittes wiederholt gelten, desgleichen die dem wegfallenden Miterben aufgelegten von dessen Akkrescenzerben. Nachvermächtnisse hat der Erbe zu entrichten, wenn der Vorvermächtnißnehmer nicht erwirbt, l. 29 pr. D. de leg. III. Aber die einem Intestaterben persönlich aufgelegten Vermächtnisse soll, wenn er nicht Erbe wird, der nachfolgende Intestaterbe nicht zu prästiren haben, l. 1 § 9 und 10 D. de leg. III. Siehe jedoch Kohler im Archiv f. civ. Praxis Bd. 59 S. 98, gegen ihn Windscheid Bd. 3 § 639 Anm. 10. Ferner liegen dem Kollegatar re tantum conjunctus die seinem Kollegatar aufgelegten Vermächtnisse nach der röm. Theorie nicht ob, vgl. unten § 113. Ueber B.G.B. vgl. oben § 105 Anm. 1.

3) Der Belastete ist zur Entschädigung verpflichtet, wenn er an dem Untergang die Schuld trägt, soweit er hierfür nach den allgemeinen Grundsätzen einsteht. Ohne Rücksicht auf Verschuldung hat er den Sachwerth zu ersetzen, wenn er den Untergang durch seine freie Handlung nach dem Tode des Erblassers herbeigeführt hat, l. 63 D. de leg. II. l. 26 §§ 2 und 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Salkowski a. a. O. S. 317. Ferrini im Arch. f. c. Pr. Bd. 78 S. 321, Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 37, M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 62.

4) Die römischen Juristen waren verschiedener Ansicht. Sehr liberal waren Julian und Ulpian, denen man sich anzuschließen hat, l. 44 § 2 D. de leg. I: Si pocula quis legavit et massa facta est vel contra, item si lana legetur et vestimentum ex ea fiat, Julianus libro 32 digestorum scripsit legatum in omnibus supra scriptis consistere et deberi quod exstat: quam sententiam puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem § 3. Sed ed si lancem legavit et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante scilicet voluntate § 4. Si areae legatae domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit

Erhält ferner der Vermächtnißnehmer die vermachte Sache unentgeltlich von anderer Seite, so geht das Vermächtniß in Folge des concursus duarum causarum lucrativarum unter.[5]

2. Jeder Widerruf des Erblassers hebt das Vermächtniß auf.[6]

Er ist an keine bestimmte Form gebunden.[7] Auch der stillschweigende Widerruf genügt.[8] Bei eintretender Todfeindschaft zwischen dem Erblasser und dem Honorirten wird er vermuthet.[9]

Im Falle eines bedingten Widerrufes wird das Vermächtniß so behandelt, als wäre es unter der entgegengesetzten Bedingung angeordnet.[10]

Aufhebung des Vermächtnisses und Begründung eines neuen liegt in der Translation desselben, mag dieselbe nun den Honorirten oder den Onerirten oder den Gegenstand des Vermächtnisses betreffen.[11] Im Zweifel gilt das alte Vermächtniß selbst dann als durch die Translation aufgehoben, wenn das neue von Anfang an nicht rechtsbeständig war.[12]

---

voluntatem. Andere Juristen gingen weniger weit. So in der l. 88 de leg. III Paulus libro 5 ad legem Juliam et Papiam: Lana legata vestem quae ex ea facta sit deberi non placet. Sed et materia legata navis armariumve ex ea factum non vindicetur. Nave autem legata dissoluta neque materia neque navis debetur. Massa autem legata scyphi ex ea facti exigi possunt. Vgl. noch l. 49 § 5, l. 79 § 2 D. de leg. III, l. 6 § 1 D. de auro argento 34, 2, siehe Fitting im Arch. f. c. Pr. Bd. 48 S. 152. Vgl. B.G.B. § 2169 Abs. 3, § 2172.

5) § 6 I. de leg. 2, 20. Vgl. oben Bd. 2 § 68 Anm. 10, siehe aber auch Salkowski a. a. O. S. 123.

6) Tit. Inst. de ademptione legatorum et translatione 2. 21, Dig. de adimendis vel transferendis legatis 34, 4. B.G.B. hat über den Widerruf der Vermächtnisse keine von dem der Testamente abweichenden Bestimmungen.

7) Auch Legate konnten „nuda voluntate" zurückgenommen werden, jedoch wirkte der formlose Widerruf nur durch exceptio doli, l. 3 § 11 D. h. t. 34, 4, l. 15 D. eod.

8) Eine stillschweigende Zurücknahme wird namentlich in freiwilliger Veräußerung der vermachten Sache durch den Erblasser gesehen, l. 15, l. 18, l. 24 § 1 D. h. t. 34, 3, B.G.B. § 2169 Abs. 1. Anders wenn er „necessitate urgente alienavit" l. 11 § 12 D. de leg. III. Vgl. § 12 J. h. t. 2, 20, l. 3 C. de leg. 6, 37.

9) l. 3 § 11, l. 22 D. h. t. 34, 4. Kapitalfeindschaft war in Rom, ist zum Theil noch jetzt in Italien ein manifester Zustand. In Deutschland ist derartiges selten. Das berechtigt aber nicht die Bestimmung so zu verflachen, daß man ohne weiteres Widerruf unterstellt, „wenn das Verhältniß zwischen Erblasser und Vermächtnißnehmer sich so gestaltet, daß Fortdauer des Vermächtnißwillens nicht anzunehmen ist", wie dies von Windscheid Bd. 3 § 640 Anm. 6 geschieht.

10) l. 10, l. 14 D. h. t. 34, 4, l. 6 pr. D. quando dies 36, 2.

11) l. 6 D. h. t. 34, 4. Paulus libro 5 ad legem Juliam et Papiam: Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur: aut ab eo qui dare jussus est transfertur ut alius det: aut cum res pro re datur ut pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub condicione. Hierin liegt eine Aufzählung, aber keine Eintheilung, denn die bedingte Ademtion steht allen drei Arten der unbedingten als etwas Verschiedenes gegenüber.

12) l. 34 pr. D. de leg. I., l. 20 D. h. t. 34, 4. Vgl. Arndts 13. Aufl. § 551 Anm. 4a (der Herausgeber), R.G. Bd. 31 S. 168.

Ist nicht zu erkennen, auf welches von mehreren Vermächtnissen sich ein Widerruf bezieht, so ist es anzusehn, als wenn der Widerruf nicht erfolgt wäre.[13]

D. Vermächtnißerwerb.[1]

107. 1. Anfangszeit des Vermächtnisses und Vollzug des Erwerbes.

Die Geltung der Vermächtnisse wie die aller anderen letztwilligen Verfügungen ist an den Erwerb der Erbschaft durch den Erben geknüpft. Erst mit diesem Akt kann sich daher der Vermächtnißerwerb vollziehen. Und die Folge scheint zu sein, daß ihn der Honorirte erleben muß, wenn er das Vermächtniß erwerben soll.

Doch diese Konsequenz schien bedenklich. Sie würde dem Erben ermöglichen, durch Hinzögern des Antrittes die Vermächtnisse zu Falle zu bringen und darauf — namentlich wenn die Legatare alt und kränklich sind — geradezu zu spekuliren.

---

13) Bezüglich dieses Falles finden sich in den Quellen entgegengesetzte Entscheidungen, welche beide von demselben Autor herrühren. l. 10 D. de rebus dubiis 34, 5. Ulpianus libro 6 disputationum: Si fuerit legatum relictum „ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit" si simul duo venisse dicantur, nec apparet quis prior venerit, an impedietur legatum? vel ei qui maximus natu est, et duo pares aetate sint? sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum et duo sint aequa caritate conjuncti? sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat cui ademptum sit: utrum datio in utriusque persona infringitur an ademptio nulla est, quaeri potest . . . et verius est in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademptionem autem in utrumque valere. Dagegen erklärt in l. 3 § 7 D. h. t. 34, 4 Ulpianus libro 24 ad Sabinum: Si duobus Titiis separatum legaverit et uni ademerit nec appareat, cui ademptum sit, utrique legatum debetur, quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum. Viele wollen durch Unterscheidungen verschiedener Fälle helfen. Der geistvollste Versuch dieser Art ist von Kohler, Ademtion der Legate in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 714. Er bezieht die l. 10 cit. auf den Fall, daß der Testator in der Testamentsurkunde selbst vor der Perfektion des Testaments die zweideutige Ademtion gemacht habe, so daß von Anfang an dunkel war, wer der Honorirte sein sollte, während die l. 3 § 7 cit. von dem Falle einer späteren Ademtion handele. Es bleibt jedoch unerklärt, warum Ulpian gerade den entscheidenden Punkt in der l. 10 verschwieg und nicht hervorhob, daß es sich um eine Ademtion „ante impletum testamentum" handelte. — Wir haben daher den Widerspruch offen anzuerkennen. Die Frage ist ja eine solche, über die man zweifelhaft sein kann. Ulpian hat in etwa 20 Jahren massenhaft Bücher — etwa 235 — veröffentlicht, und zwar während andauernder amtlicher Beschäftigung —, vgl. Pernice, Ulpian als Schriftsteller in den Sitzungsberichten der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1885, XXV. 443. Ist es da ein Wunder, wenn er seine Ansicht änderte? In der l. 10 cit. hat er die Frage gestreift und unrichtig beantwortet, in der l. 3 § 7 cit. genauer überlegt und richtig gelöst. Denn diese letztere Entscheidung ist die praktische. Sie ergiebt sich aus der Vertheilung der Beweislast, vgl. l. 22 D. de probationibus 22, 3.

1) Tit. Dig. quando dies legatorum 36. 2, Cod. 6, 53. Arndts bei Glück Bd. 48 S. 199 und dort Citirte, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 422 und S. 600.

Dies veranlaßte die Jurisprudenz, und zwar schon in der republikanischen Zeit, die Vererblichkeit der Vermächtnisse von dem Zeitpunkte des Erbschaftsantrittes unabhängig zu machen. Zu diesem Zwecke unterschied man zwei Momente:

1. den Anfangstermin der Vermächtnisse — dies legati cedit — mit welchem eine Erwerbsberechtigung bezüglich der vermachten Sache entsteht und die Vererblichkeit des Vermächtnisses beginnt.[2] Als dies cedens gilt in der Regel die Todeszeit des Erblassers.[3 4]

Dies ist nicht anwendbar:

a) bei höchstpersönlichen Vermächtnissen, d. h. solchen, die nach ihrem Inhalte auf die Erben des Vermächtnißnehmers nicht übergehen, z. B. des Nießbrauches;[5]

b) ferner nicht bei bedingten Vermächtnissen, solange die Bedingung schwebt und damit noch den Erwerb und die Vererblichkeit des Vermächtnisses aufschiebt.[6]

Das Gleiche gilt, wenn das Vermächtniß an eine ungewisse Zeit geknüpft ist,[7] es sei denn, daß nicht Anfang und Existenz des Vermächtnisses überhaupt, sondern nur dessen Erfüllung aufgeschoben sein soll.[8]

---

2) Enneccerus a. a. O. Viele Neuere suchen das römische „dies legati cedit" durch „Anfall" des Vermächtnisses zu verdeutschen. So namentlich Windscheid Bd. 3 § 642. Aber Anfall des Vermächtnisses giebt den specifischen Sinn des römischen Ausdrucks nicht entfernt wieder. Dies Wort würde eher auf den vollzogenen als den begonnenen Erwerb hindeuten. Vgl. l. 213 D. de V. S. 50, 16 „Cedere diem significat incipere deberi pecuniam."

3) Nach der lex Papia Poppaea cedirte die Legatszeit erst „ex apertis tabulis testamenti", Ulpiani fragm. XXIV § 31.

4) l. 7 pr. D. h. t. 36, 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum: Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.

5) l. 3 D. h. t. 36, 2. Ulpianus libro 5 disputationum: nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit, l. 5 § 1, l. 9 D. eod.

6) l. 5 § 2 D. h. t. 36. 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum: Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam condicio fuerit impleta, ne quidem si ea sit condicio, quae in potestate sit legatarii, l. un. § 7 C. de caducis tollendis 6, 51. Bei bedingten Geschäften unter Lebenden tritt nach Erfüllung der Bedingung Rückziehung auf den Abschluß des Geschäftes ein, d. h. das bezügliche Recht datirt von jenem Augenblicke an. Solche Rückwirkung kam bei Legaten nicht in Frage. Sie hätte mit ihrem Charakter als Geschäft von Todeswegen in Widerspruch gestanden. Bedingte Vermächtnisse datiren daher erst von dem Eintritt der Bedingung.

7) l. 75 D. de cond. 35, 1. Papinianus libro 34 quaestionum: Dies incertus condicionem in testamento facit.

8) Eine praktisch wichtige Frage ist, ob die Bestimmung, wonach ein Vermächtniß erst nach dem Tode des Erben zu erfüllen ist, bloß als Aufschub der Zahlung gilt, oder ob sie das Vermächtniß selbst in das Ungewisse stellt, der Art, daß der

2. Der Erwerb des Vermächtnisses vollzieht sich frühestens mit dem Erbschaftsantritte.

Ist das Vermächtniß an Termine geknüpft, so müssen auch sie herangekommen sein, ehe es geltend gemacht werden kann. Jetzt erst heißt es: dies legati venit.[9] Nunmehr geht das Eigenthum der vermachten Sache des Erblassers auf den Honorirten über, und es wird die Forderung aus dem Vermächtniß klagbar.[10]

§ 108. 2. Das Recht der Repudiation des Vermächtnisses.

1. Daß man Vermächtnisse dem Honorirten nicht aufzwingen kann, ist selbstverständlich. Es bestand aber in der ersten Kaiserzeit in dieser Hinsicht ein Schulstreit unter den Juristen. Die Prokulianer machten den Erwerb erst von dem erklärten Wollen des Vermächtnißnehmers abhängig. Sie konnten sich hierbei auf die Analogie des Erbschaftserwerbes berufen, der in der Regel sich auch erst durch den Willen des Erben vollzieht. Die Sabinianer ließen den Erwerb von Rechtswegen eintreten, so aber daß dem Vermächtnißnehmer das Recht der Zurückweisung offen stand. In der That paßt die Analogie des Erbschaftserwerbes, welcher Pflichten auflegt, wenig auf Vermächtnisse, die an sich nur Rechte geben.[1]

Honorirte den Tod des Onerirten erleben muß? Der Absicht des Erblassers dürfte die erstere Behandlung meist entsprechen. Aber wir finden mehrfach in den Quellen ausgesprochen, daß das Legat „heres meus quum morietur Titio dato" keinen bloßen Aufschub der Zahlung enthalte, wogegen das Legat „heres meus quum morietur Titius, centum ei dato" einen bloßen Zahlungsaufschub enthalten soll, l. 4, l. 13 D. h. t. 36, 2, l. 1 § 2, l. 79 D. de cond. 35. 1. Die Unsicherheit, wann die Zeit eintritt, ist nun aber in beiden Fällen dieselbe! Wir gehen wohl in der Annahme nicht fehl, daß wir einen Rest alter Formularjurisprudenz und spitzfindiger Worterklärung vor uns haben. Man fand, der Moment, in welchem der Erbe im „Sterben" liege, könne nicht füglich als Zahlungszeit für ihn angesehen werden, deshalb sei er als Bedingung zu erachten. Nimmt man dies an, so haben die gedachten Entscheidungen nur auf jene Formel Bezug und können für Vermächtnisse, die nach dem Tode des Onerirten zu zahlen sind, nicht angewendet werden.

9) l. 21 pr. D. h. t. 36, 2, l. 9 D. ut legatorum 36, 3.

10) Nach B.G.B. § 2176 kommt die Forderung des Vermächtnißnehmers mit dem Erbfalle zur Entstehung (Anfall des Vermächtnisses). § 2177 bestimmt dann: Ist das Vermächtniß unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet und tritt die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall ein, so erfolgt der Anfall des Vermächtnisses mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins. Vgl. noch §§ 2178, 2179. Die Vererbung des Vermächtnisses tritt indessen auch im Falle des § 2177 mit dem Erbfalle ein, es sei denn, daß die Auslegungsregel des § 2074 Anwendung findet.

1) Der Streit koncentrirte sich übrigens auf das Vindikationslegat Gajus, Inst. II § 195, über das bedingte Vindikationslegat vgl. Gajus, Inst. II § 200. Die Prokulianer erachteten die vermachte Sache, solange die Bedingung des Legates schwebte und solange sich der Legatar noch nicht für die Annahme entschieden hatte

Die Ansicht der Sabinianer ist in das justinianische Recht übergegangen.[2]

2. Der Erwerb des Vermächtnisses vollzieht sich also von Rechtswegen ohne Wissen und Wollen des Vermächtnißnehmers. Es steht ihm aber das Recht der Repudiation zu. Macht er hiervon Gebrauch, so ist es so, als hätte er das Vermächtniß nie erworben.[3]

Die Erklärung über Annahme oder Ablehnung erfolgt rechtsverbindlich erst, nachdem das Vermächtniß erworben ist.[4]

Hat nachher der Legatar das Vermächtniß angenommen, so kann er nicht mehr repudiiren, hat er abgelehnt, nicht mehr annehmen.

3. Von mehreren Vermächtnissen kann der Honorirte das eine ablehnen, das andere annehmen, wenn der Erblasser dies nicht besonders verbot.

Der Honorirte kann dagegen dasselbe Legat nur ganz annehmen oder ablehnen. Annahme eines Theils gilt als Annahme des Ganzen.[5]

II. Die einzelnen Arten der Vermächtnisse.

A. Nach der Verschiedenheit des Gegenstandes.

§ 109. 1. Vermächtnisse individuell bezeichneter Sachen und von Gesammtheiten.

1. Individuell vermachte körperliche Sachen gelten als in dem Stande zugedacht, in welchem sie sich zur Zeit des Erwerbes befinden. Dem Vermächtnißnehmer kommen also die Vermehrungen zu, welche nach der

nach Analogie der hereditas jacens als „res nullius“, ein keinesfalls glücklicher Gedanke.

2) Die Ansicht, daß der Erwerb der Vermächtnisse sich von Rechtswegen ohne Willen des Honorirten vollziehe, war früher die herrschende und ist es geblieben, vgl. für dieselbe namentlich l. 19 § 1 D. quemadmodum serv. 8, 6. Nicht zuerst, aber am eingehendsten hat sich Köppen gegen sie erklärt, insbesondere in Jherings Jahrb. Bd. 5 n. 4 S. 184 und Bd. 11 S. 196, Lehrb. S. 735. Ihm trat namentlich Jhering ebendaselbst Bd. 10 S. 479 Anm. 96 bei. Die Gegenansicht führte schon früher Fitting im Arch. f. civ. Pr. Bd. 42 S. 147 ff. aus, ferner gegen Köppen Crafft v. Crailsheim, ebendaselbst Bd. 47 n. 21. Eine ausführliche Widerlegung Köppens giebt Arndts bei Glück Bd. 48 S. 274. Wie hier B.G.B. § 2176.

3) l. 44 § 1 D. de leg. I, l. 1 § 6 D. si quid in fraudem patroni 38, 5, l. 15 D. de rebus dubiis 34, 5. Vgl. aber auch Salkowski a. a. O. S. 5. B.G.B. § 2180 Abs. 3 in Verbindung mit § 1953.

4) l. 45 § 1 D. de leg. II, B.G.B. § 2180 Abs. 2.

5) l. 4, l. 5 D. de leg. II, l. 58 D. eod. Anders B.G.B. § 2180 Abs. 3 in Verbindung mit § 1950. Von mehreren Erben des Legatars, welcher sich noch nicht erklärte, kann sich jeder für seinen Theil selbständig über Annahme oder Ablehnung entscheiden, l. 38 D. de leg. I, B.G.B. § 2180 Abs. 3 in Verbindung mit § 1952 Abs. 3.

Errichtung geschahen, ohne Unterschied, ob sie durch freie Handlungen des Erblassers oder zufällig entstanden; ebenso sind Verminderungen sein Schade.[1]

Pertinenzen gelten als mitvermacht, nicht minder was nothwendig ist, um die Sache nach der liberalen Absicht des Erblassers zu nutzen.[2] Besondere Fragen sind:

a) Welche Ansprüche hat der Vermächtnißnehmer auf die Früchte der vermachten Nachlaßsache.[3]

Manche betrachten ihn als Eigenthümer aller Früchte, welche vom Augenblicke des Erwerbes des Vermächtnisses an entstehen. Und dies scheint konsequent, da er von da an Eigenthümer der fruchttragenden Sache ist.

Aber er hat im Grunde nur Eigenthum, damit sein Recht sicher steht. Die Uebertragung des Besitzes muß er vom Erben erwarten. So werden ihm auch die Früchte erst nach der Uebergabe zu eigen. Außerdem sind Früchte zu erstatten, welche der Erbe nach der Klageerhebung, oder nachdem er sonst in Verzug gesetzt ist, zog oder zu ziehen versäumte.[4]

b) Der Erblasser kann nicht bloß eigene Sachen, sondern auch solche des Erben und Dritter vermachen.

Im letzteren Falle hat der Belastete den Erwerb der fremden Sache für deren Taxwerth zu versuchen und, wenn dieser Erwerb nicht gelingt, an Stelle jener Sache deren Geldbetrag zu leisten.[5]

Jedoch ist die Vermuthung dagegen, daß der Erblasser etwas, was ihm nicht gehörte, vermachen wollte.

Jene Verbindlichkeit ist daher in der Regel davon abhängig, daß der Erblasser nachweisbar wußte, daß die Sache eine fremde sei.[6]

1) l. 24 § 2 D. de leg. I, l. 16, l. 39 D. de leg. III, Salkowski S. 427. Vgl. aber B.G.B. § 2164 Abs. 2.

2) Der Erbe muß daher z. B. den Zutritt zu dem vermachten Hinterhause gewähren, l. 1 §§ 1—3 D. si ususfructus pet. 7, 6, er darf ferner dem vermachten Hause das Licht nicht verbauen, l. 10 D. de serv. pr. urb. 8, 2. B.G.B. § 2164 Abs. 1.

3) Brügger, der Anspruch des Singularvermächtnißnehmers auf Früchte 1877, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 341, Salkowski a. a. O. S. 428.

4) Es vertritt die Gegenansicht insbesondere Arndts a. a. O. Indessen bestimmt l. 4 C. de usuris et fructibus 6, 47 von Gordian: In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur. B.G.B. § 2184 besagt: Ist ein bestimmter zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht, so hat der Beschwerte dem Vermächtnißnehmer auch die seit dem Anfalle des Vermächtnisses gezogenen Früchte sowie das sonst auf Grund des vermachten Rechtes Erlangte herauszugeben. Für Nutzungen, die nicht zu den Früchten gehören, hat der Beschwerte nicht Ersatz zu leisten.

5) Vgl. auch B.G.B. § 2170, sowie § 2182 Abs. 2, 3.

Hatte der Erblasser auf die vermachte Sache des Dritten ein Forderungsrecht, so ist dies zu cediren.[7]

c) Es gilt die Vermuthung, daß der Erblasser, wenn er eine Sache ohne Vorbehalt vermachte, diese frei von Nießbrauch und Pfandrechten geliefert haben wollte.[8] Jedoch wird, wenn diese Rechte Dritten zustehen, dabei vorausgesetzt, daß er dies wußte.[9]

Auf dauernde Belastungen, insbesondere Grundgerechtigkeiten, Superficies, bezieht sich dies nicht.[10] Da heutzutage auch Hypotheken an Grundstücken wirthschaftlich eine dauernde Belastung bilden, so paßt die Vermuthung auch auf Hypotheken nicht mehr.[11]

Ueberhaupt ist dieselbe gemeinrechtlich nur cum grano salis anwendbar, da sie den Absichten heutiger Erblasser oft nicht entspricht.[12]

2. Sind Gesammtheiten vermacht, so gilt als inbegriffen, was von bezüglichen Stücken zur Zeit des Todes des Erblassers in seinem Nachlasse vorhanden ist. Auch wenn nur ein einziges Stück übrig blieb, ist es zu leisten.[13] Das Vermächtniß der Gesammtheit gilt als eins. Der Honorirte kann es nur ganz annehmen oder zurückweisen.[14]

---

6) § 4 J. de leg. 2, 20, l. 39 §§ 7 und 8 D. de leg. I. Vgl. Arndts bei Glück Bd. 46 S. 182, Brinz Bd. 3 S. 314. — Gehört die Sache dem Onerirten, so ist sie auch dann zu leisten, wenn sie der Erblasser für die eigene hielt, weil der Belastete dann noch nicht zu Geldaufwendungen genöthigt ist, sondern aus dem eigenen giebt, l. 67 § 8 D. de leg. II, l. 86 § 3 D. de leg. I. Vgl. übrigens auch Brinz Bd. 3 S. 315, Salkowski S. 64. B.G.B. § 2169 besagt: Das Vermächtniß eines bestimmten Gegenstandes ist unwirksam, soweit der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, es sei denn, daß der Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein soll, daß er nicht zur Erbschaft gehört.

7) l. 39 § 3 D. de leg. I. Hatte ferner der Erblasser an der vermachten fremden Sache Eigenthumsbesitz oder ein eigenthümliches dingliches Recht, so ist dies zu gewähren, l. 71 § 6 D. de leg. I, l. 68 pr. D. de leg. III. In der letzteren Stelle ist ein nutzbares Pfand gemeint. Ihre Entscheidung würde auf eine Hypothek nicht zutreffen. Vgl. auch B.G.B. § 2169 Abs. 2, 3.

8) l. 66 § 6 D. de leg. II.

9) § 5 J. de leg. 2, 20, l. 6 C. de fideicommissis 6, 42, l. 57 D. de leg. I.

10) Was die Quellen hinsichtlich des Nießbrauches und des Pfandrechtes aussprechen, übertragen Viele auf Superficies und Emphyteusis. So Arndts § 560 Anm. f, Windscheid Bd. 3 § 654 Anm. 16. Mit Recht hat sich dagegen Brinz a. a. O. Bd. 3 S. 341 erklärt. Er hebt hervor, daß den Nutzen superficiarischer und emphytheutischer Grundstücke der Grundeigenthümer in Gestalt des Bodenzinses und anderer Aequivalente hat.

11) Aehnlich Salkowski a. a. O. S. 90.

12) B.G.B. § 2165 Abs. 1 Satz 1 bestimmt denn auch: Ist ein zur Erbschaft gehöriger Gegenstand vermacht, so kann der Vermächtnißnehmer im Zweifel nicht die Beseitigung der Rechte verlangen, mit denen der Gegenstand belastet ist. Vgl. auch § 2165 Abs. 1 Satz 2, §§ 2166—2168.

13) § 18 J. de leg. 2, 20.

14) l. 6 D. de leg. II.

§ 110. 2. Indeterminirte Vermächtnisse.

Nicht selten lassen Vermächtnißanordnungen das zu leistende Individuum noch dahingestellt, so daß die Bestimmung dem Legatar oder dem Onerirten oder auch Dritten anheimfällt. Solche indeterminirten Vermächtnisse sind mannigfacher Art.

1. Wahlvermächtnisse gewähren das Recht der Wahl eines Stückes oder mehrerer aus einer gewissen Kategorie von Nachlaßobjekten. Es bestanden hierfür in Rom zwei Formulare, ein älteres und ein jüngeres, welche in der vorjustinianischen Zeit verschiedene Wirkungen hatten.[1]

a) Das ältere war das legatum optionis, das ausdrückliche Wahlvermächtniß mit der Formel „optato elegito", eine Species des Vindikationslegates.[2]

Das Wahlrecht galt dem Legatar nur für seine Person gegeben. Daher war dies Legat unvererblich, durch die persönliche Wahl des Legatars bedingt.[3]

Der Satz entsprach praktischen Bedürfnissen. Die Unvererblichkeit sollte übermäßige Verschleppung der Wahl durch den Legatar verhindern. Denn solange die Wahl nicht geschehen war, befand sich der Erbe in der fatalen Lage, keines der zur Wahl gestellten Nachlaßobjekte mit Sicherheit veräußern zu können, da der Legatar gerade das veräußerte in Anspruch nehmen konnte.

Dies führte auch dazu, dem Legatar auf Antrag des Erben gerichtlich eine Frist zur Vornahme der Wahl zu stellen, unter dem Präjudize der Verwirkung des Legates, wenn die Fristversäumniß den Erben beschädigen würde.[4]

b) Weiter kam das indirekte Wahlvermächtniß auf, indem der Erblasser eins oder mehrere Stücke aus einer Kategorie von Nachlaßsachen „generell" vermachte.[5] Auch hierbei hatte der Legatar im Zweifel die Wahl. Sie war aber nicht höchstpersönlich,[6] vielleicht weil man zur Zeit der Anerkennung dieser Form sich bereits durch die gerichtliche Fristsetzung gegen ungemessene Verzögerung half.

---

1) Tit. Dig. de optione vel electione legata 33, 5. Bernstein z. L. v. legatum optionis in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 1 S. 151. Ascoli, alcune observazioni sul diritto di scelta nei legati alternativi e di genere im bulletino dell' istituto di diritto romano Bd. 1 S. 83. B.G.B. §§ 2153, 2154.

2) Ulpian. fragm. XXIV § 14.

3) § 23 J. de legatis 2, 20.

4) l. 6—8, l. 13 § 1 D. h. t. 33, 5.

5) § 22 J. de legatis 2, 20.

6) l. 12 § 7 D. quando dies legatorum 36, 2.

Diese indirekten Wahlvermächtnisse bezeichnen die Neueren nicht selten als Gattungsvermächtnisse.[7] Ein schlimmer Mißgriff. Bilden drei Pferde, von denen dem Legatar eins „generell" vermacht wird, eine eigene Gattung?

Justinian hat das ausdrückliche und das indirekte Wahlvermächtniß verschmolzen.[8]

Die Wahl gebührt auch jetzt in der Regel dem Vermächtnißnehmer; sie ist vererblich; war sie einem Dritten zugewiesen und stirbt dieser oder wird unfähig oder verzögert sie über ein Jahr, so geht sie auf den Vermächtnißnehmer über.[9] Einigen sich mehrere gemeinsam zur Wahl Berufene nicht, so entscheidet über den Wahlberechtigten das Loos.[10] Die Wahl ist erst nach dem Erbschaftsantritte zulässig.[11] Die alten Bestimmungen über Setzen einer Frist durch das Gericht bestehen fort. Der Legatar darf nicht das Beste wählen.[12]

Die einmal getroffene Wahl ist unabänderlich, es sei denn, daß dem Wahlberechtigten nicht alle Stücke, unter denen er wählen durfte, vorgelegt waren,[13] oder daß er etwas wählte, worauf sein Wahlrecht nicht ging.[14] [15]

2. Etwas ganz Anderes sind Gattungsvermächtnisse, bei denen etwas bloß der Gattung nach Bestimmtes ohne Rücksicht auf das im Nachlasse Vorhandene zu leisten ist, z. B. eine Summe Geldes. Natürlich muß das Vermachte nach Quantität und Qualität bestimmbar sein.[16]

Es ist Auslegungsfrage, ob ein generell gefaßtes Legat, z. B. ein Faß Wein, als Wahlvermächtniß gemeint ist, so daß es sich nur auf Nachlaßvorräthe bezieht, oder als Genuslegat.[17] Beim Gattungslegat hat der Onerirte die Wahl des zu liefernden Individuums.

---

7) Die Verwechselung ist alt. So spricht z. B. Pothier, Pandectae justinianae ad h. t. sectio II von dem „legato generis", wo er überwiegend nur von einem „generell" vermachten Objekte handelt.

8) Vgl. Bernstein a. a. O.

9) l. 3 § 1 C. communia de legatis 6, 43.

10) § 23 J. de leg. 2, 20.

11) l. 16 D. h. t. 33, 5.

12) l. 37 pr. D. de leg. I, vgl. aber l. 2 pr. D. de opt. leg. 33, 5.

13) l. 4 D. h. t. 33, 5.

14) l. 2 § 2 und 3 D. h. t. 33, 5.

15) Die Bestimmungen des B.G.B. vgl. §§ 2153, 2154.

16) l. 71 pr. D. de leg. I. B.G.B. § 2155. Hiernach ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten.

17) Im Geiste der deutschen Sprache ist Gewicht auf die Zufügung des Artikels zu legen. Erklärt der Erblasser z. B.: ich vermache „den" Wein, so ist nur an im

Bei solchen Legaten haftet der Onerirte im Falle der Eviktion des von ihm Geleisteten.[18]

3. Das indeterminirte Vermächtniß kann endlich ein alternatives sein, sei es, daß die eine oder die andere Nachlaßsache, oder das eine oder andere sonstige Objekt vermacht wird.

Der Legatar hat die Wahl, wenn es sich um die eine oder die andere Nachlaßsache handelt.

Sonst hat der Onerirte, also der Schuldner, die Wahl.[19]

§ 111. 3. Vermächtnisse auf Lebenszeit.

Häufig ist der Zweck des Vermächtnisses nicht Zuwendung eines Kapitales, vielmehr Versorgung des Honorirten auf Lebenszeit oder sonst auf Zeit.

1. In dinglicher Weise wird dieser Zweck durch Vermächtniß des Usussfruktus oder Quasiususfruktus an Nachlaßsachen erreicht.[1]

Das Vermächtniß des Usussfruktus gehört sehr alter Zeit an, und mancher Satz der alten Formularjurisprudenz, der sonderbar anmuthet, erhielt sich hier bis in das justinianische Recht hinein.

Wollte z. B. der Erblasser dem einen Legatar das Eigenthum einer Sache zuwenden und einem anderen den vollen Nießbrauch derselben Sache, so mußte er dem ersteren die Proprietät „deducto usufructu" vermachen, um diesen Zweck zu erreichen. Unterließ er diesen Zusatz, so erhielt der Legatar des Nießbrauches nur dessen Hälfte, weil man an-

Nachlasse Vorhandenes zu denken, sagt er aber: ich vermache „Wein", so wird nicht leicht etwas Anderes als eine angemessene Quantität ohne Rücksicht auf das im Nachlasse Vorhandene gemeint sein. Die Entscheidung der l. 7 pr. D. de tritico 33, 6 ist daher keinenfalls derzeit unbedingt maßgebend. Dort war dem Erben auferlegt, der Frau des Erblassers „vinum oleum frumentum, acetum, mella, salsamenta" zu geben, und der Jurist entscheidet, es sei alles von den betreffenden Dingen im Nachlasse Vorhandene zu gewähren. Doch kann auch bei uns je nach Umständen eine gleiche Auslegung geboten sein. Es bestimmt z. B. der Erblasser: meine Schwester A. erhält meine Möbel, meine Schwester B. Kupferstiche und Gemälde. Anders Vangerow Bd. 2 § 550 Ziff. 3, vgl. aber auch Windscheid Bd. 3 § 655 Anm. 9.

18) l. 45 § 1 D. de leg. I, l. 71 § 1 D. eod., l. 29 § 3 D. de leg. III. B.G.B. §§ 2182, 2183.

19) Nach dem Rechte der klassischen Zeit war zu unterscheiden, ob das alternative Vermächtniß ein Vindikationslegat war, dann hatte der Legatar die Wahl, vgl. l. 34 § 14 D. de leg. I, l. 23 D. de leg. II, oder ob es ein Damnationslegat war, dann hatte der Erbe als Schuldner das Wahlrecht, l. 11 § 1 D. de leg. II. Nach justinianischem Rechte ist dies in der Art anzuwenden, daß der Legatar die Wahl hat, wenn ihm Nachlaßsachen alternativ vermacht sind, so daß er die dingliche Klage hat, während sonst der Erbe — als Schuldner — das Recht der Wahl hat.

1) Tit. Dig. de usu et usu fructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis 33, 2. B.G.B. enthält über das Vermächtniß des Nießbrauches keine besonderen Vorschriften.

nahm, in dem Vermächtniß der Proprietät ohne Beschränkung stecke auch der Nießbrauch, folglich sei derselbe zwischen den Legataren getheilt.[2] Daß das gemeinrechtlich keine Geltung hat, ist klar.

Eine vielfach eigenthümliche Ausbildung erhielt auch das Akkrescenzrecht unter Mehreren, welchen der Ususfrukt derselben Sache zusammen vermacht ist. Es entstehen zwar durch die Konkurrenz der Legatare Theile. Fällt aber der eine der Kollegatare später, insbesondere durch Tod weg, so wächst dessen Nießbrauchstheil noch nachträglich dem Kollegatar an, wenn dieser seinen Theil erworben hat, selbst wenn er denselben wieder verloren haben sollte.[3]

2. Persönliche Ansprüche auf Zeit giebt in der Regel:

a) das Rentenvermächtniß.[4]

Dasselbe gilt im Zweifel als lebenslänglich.[5] Man betrachtet es nicht als ein Vermächtniß, sondern als eine Mehrheit von Vermächtnissen. Jede einzelne Rate cedirt daher mit ihrem Termine besonders. Der Rentenberechtigte muß denselben erleben, erwirbt dann aber auch die volle Rate.[6] Das Rentenvermächtniß kann von kürzerer Dauer als die Lebenszeit des Berechtigten sein.

Aber auch ewige Renten zu Gunsten des Honorirten, seiner Erben und Erbeserben wurden zugelassen.[7]

Die einzelnen Raten sind pränumerando zu zahlen. Dies entspricht dem Zwecke der Rente und ist üblich. Natürlich kann der Erblasser Anderes bestimmen.

Vom Rentenvermächtniß verschieden ist ein in Terminen, z. B. in Jahreszielen zu entrichtendes Kapitalvermächtniß.

Solche Vermächtnisse cediren mit dem Tode des Erblassers ganz, sind also, wenn der Honorirte diese Zeit erlebt, voll vererblich.[8]

b) Das Alimentenvermächtniß soll den Unterhalt des Honorirten gewähren.[9] Im Zweifel gilt es gleichfalls als lebenslänglich.

---

2) Siehe die oben § 78 Anm. 5 abgedruckte l. 19 D. h. t. 33, 2 und dazu Anm. 9 ebendort.

3) Tit. Dig. de usu fructu adcrescendo 7, 2, Vangerow Bd. 2 § 554, Schlayer im Arch. für civ. Praxis Bd. 51 n. 18, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 101.

4) Tit. Dig. de annuis legatis 33, 1. R.G. Bd. 37 S. 168. B.G.B. enthält keine besonderen Vorschriften.

5) l. 8 D. de annuis legatis 33, 1.

6) l. 4 D. h. t. 33, 1. Paulus libro 62 ad edictum: Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait et primi anni purum sequentium condicionale: videri enim hanc inesse condicionem „si vivat“ et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.

7) l. 22 C. de legatis 6. 37.

8) l. 20, l. 26 § 2 D. quando dies 36, 2. Wenig glücklich nennt man solche Vermächtnisse oft „Ratenvermächtnisse“.

Dies nahmen die Römer selbst dann an, wenn einem Unmündigen Alimente hinterlassen wurden, ohne daß eine Grenze gesetzt war.

Bei uns gelten Alimente in diesem Falle regelmäßig nur als bis zur selbständigen Erwerbsfähigkeit hinterlassen.[10]

Das Alimentenvermächtniß ist in mehreren Beziehungen besonders begünstigt.[11]

§ 112. 4. Forderungen als Gegenstand von Vermächtnissen.[1]

In dreifacher Art können Forderungen den Gegenstand eines Vermächtnisses bilden, als Forderungsvermächtniß, Liberationsvermächtniß und Schuldvermächtniß.

1. Das Forderungsvermächtniß — legatum nominis — bezweckt die Uebertragung einer Forderung an den Legatar. Meist handelt es sich um Ausstände des Erblassers. Denkbar ist aber auch das Vermächtniß einer Forderung des Onerirten oder gar eines Dritten.[2]

Ein Vermächtniß des Schuldscheines schließt nach der Intention des Erblassers dasjenige der in ihm verbrieften Forderung in sich, da letztere sich nach der vulgären Vorstellung in dem Schuldscheine verkörpert.[3]

---

9) Tit. Dig. de alimentis vel cibariis legatis 34, 1. B.G.B. enthält keine besonderen Vorschriften. Ueber den Umfang der Alimente siehe oben Bd. 2 § 31.

10) Ulpian entscheidet in der l. 14 pr. D. h. t. 34, 1 für die „puero vel puellae“ vermachten Alimente: „si non paret quid sentiat testator, per totum tempus vitae debebuntur“. Das mag im Sinne der römischen Kaiserzeit gelegen haben, wo es inmitten einer trägen Bevölkerung nichts Befremdendes war, wenn man dem „jungen Manne“ das „dolce far niente“ für die Lebenszeit sicherte. Einem deutschen Erblasser kommt so etwas nicht in den Sinn, wenn nicht ganz besondere Umstände vorliegen.

11) Solche Begünstigungen sind: a) Alimente konnten Erbunfähigen vermacht werden, l. 11 D. h. t. 34, 1. Es ist daher anzunehmen, daß auch die Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit, insbesondere unehelicher Kinder des Erblassers, nicht auf Alimentenvermächtnisse Anwendung finden. b) Sind Alimente bis zur Mündigkeit vermacht, so gilt die s. g. plena pubertas, d. h. bei dem männlichen Geschlechte das 18., bei dem weiblichen das 14. Jahr als die Grenze. l. 14 § 1 D. h. t. 34, 1. c) Eine Begünstigung gegenüber der Falcidia ist oben Bd. 3 § 101 Anm. 4 a. E. erwähnt. d) Eine allgemeine Zurücknahme der Vermächtnisse betrifft im Zweifel das Alimentenvermächtniß nicht, l. 18 § 3 D. h. t. 34, 1. e) Vergleiche über letztwillig hinterlassene Alimente wurden an gerichtliche Bestätigung geknüpft. Vgl. hierüber und über die Erweiterung der Bestimmung oben Bd. 2 § 31 Anm. 6.

1) H. Krüger, über Vermächtnisse von Forderungen. Greifsw. Inauguraldissertation 1883.

2) Auch künftige Forderungen können vermacht werden, nicht minder wie künftige Sachen.

3) l. 44 § 5 D. de leg. I. Sind in einem Hause, das mit Allem, was darinnen ist, vermacht wurde, Schulddokumente aufbewahrt, so sind in der Regel die bezüglichen Forderungen nicht als mitvermacht anzusehen, folglich auch nicht die Schulddokumente. l. 86 pr. D. de leg. II, l. 92 § 1 D. de leg. III.

Als mitvermacht gelten rückständige Zinsen.[4] Mit der Forderung gehen ihre Accessionen über. Für den Bestand[5] oder die Güte der Forderung haftet der Onerirte nicht.[6]

Erlischt die vermachte Forderung zu Lebzeiten des Erblassers durch Zahlung oder in anderer Weise, so endigt das Forderungsvermächtniß, aber es erhält sich, wenn der Erblasser das Eingenommene oder das hierfür Angeschaffte ersichtlich an die Stelle treten lassen wollte.[7]

Die vermachte Forderung des Erblassers geht unmittelbar mit dem Erbschaftsantritte auf den Legatar über,[8] wie dieser unmittelbar Eigenthümer vermachter Sachen wird. Aber einziehen darf er die Forderung nur, nachdem der Onerirte darin gewilligt hat oder hierzu rechtskräftig verurtheilt ist. Denn auch an körperlichen Sachen darf der Legatar trotz des unmittelbaren Eigenthumserwerbes eigenmächtig Besitz nicht ergreifen.[9] [10]

2. Befreiung des Legatars von Schulden gegenüber dem Erblasser oder dem Erben oder Dritten bildet den Inhalt des Liberationsvermächtnisses.[11] [12]

Sie erfolgt unmittelbar mit dem Erbschaftsantritte, wenn der Erblasser oder auch der Erbe der Gläubiger war.[13] Quittung und Rückgabe des Schuldscheins kann verlangt werden.

---

4) l. 34 pr. D. de leg. III.

5) l. 75 § 1 D. de leg. I.

6) arg. l. 22 § 4 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

7) l. 11 § 13. l. 64 D. de legatis III. Seuff. Arch. Bd. 47 n. 124. Nach B.G.B. § 2173 tritt der Gegenstand im Zweifel an die Stelle der Forderung.

8) l. 18 C. de legatis 6, 37. Wenn die Gläubiger des Erben die vermachte Forderung pfänden, so kann der Vermächtnißnehmer dieselbe also als ihm gehörig in Anspruch nehmen. Anders nach B.G.B.

9) Die Quellen haben sich hierüber nicht ausgesprochen.

10) Der absonderliche Fall, daß der Gläubiger, welchem Schuldgegenstände alternativ geschuldet waren, einen dieser Gegenstände vermacht, oder gar den einen dem A. und den andern dem B. vermacht, muß einmal Julian begegnet sein, l. 76 D. de leg. I, und so beschäftigen sich mit ihm auch andere Juristen, l. 50 § 1 D. de leg. II, l. 75 § 4 D. de leg. I, nicht minder die Neueren, die aber mit der Entscheidung Julians oft nicht einverstanden sind. Vgl. Krüger a. a. O. Einen ähnlichen, recht verzwickten Fall bei passiver Korrealobligation behandeln Julian l. 82 § 5 D. de leg. I und Pomponius l. 13 pr. D. de leg. II. Vgl. Fitting, Korrealobligation S. 158, S. 180, Krüger a. a. O. S. 9.

11) Tit. Dig. de liberatione legata 34, 3. B.G.B. behandelt diesen Fall nicht besonders.

12) Die direkte Form für das Liberationslegat war: heres damnas esto liberare illum, l. 19 D. h. t. 34, 3 oder „non petere“ — l. 2 pr. D. h. t. — Jedoch gehörte diese Formel erst der Kaiserzeit an, l. 3 pr. D. h. t. 34, 3, § 13 J. de leg. 2, 20. Die ältere Formel, die sich dann auch später im Gebrauche erhielt, war offenbar: „heres meus centum, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare“, l. 25 D. h. t. 34, 3.

Handelt es sich um Befreiung von Ansprüchen Dritter, so hat sie der Belastete durch Verhandlung mit diesen, eventuell durch Zahlung zu bewirken.

Die Schuld, von welcher die Befreiung vermacht ist, muß im Augenblicke des Todes des Erblassers existiren, sonst ist das Vermächtniß gegenstandslos. Dem Legatar gebührt im Falle ihrer Nichtexistenz also nicht etwa die angegebene, angebliche Schuldsumme. Allerdings wollte ihn der Erblasser um deren Betrag bereichern, aber er wollte es auf eine besondere Art.[14] [15]

3. Wenn der Schuldner seinem Gläubiger die Zahlung dessen vermacht, was er ihm schuldet, so nennt man dies Schuldvermächtniß — legatum debiti.[16]

In Rom erachtete man das Schuldvermächtniß für nichtig, wenn es nicht in Bezug auf Summe oder Zahlungsmodalitäten ein Mehr in sich schloß gegenüber der Schuld. Denn wo blieb sonst die liberale Zuwendung seitens des Erblassers? Aber nach gemeinem Recht gilt es auch hiervon abgesehen als gültig, da es jedenfalls dem Gläubiger erleichtert, zu seinem Rechte zu kommen, also einen wenn auch nicht in bestimmten Zahlen auszudrückenden Vortheil gewährt.[17]

---

13) Der Umfang der Liberation bestimmt sich nach dem Willen des Erblassers. Die Befreiung des Hauptschuldners kommt dem Bürgen, die des Bürgen aber nicht dem Hauptschuldner zu gute, l. 2 pr. D. h. t. Die Befreiung eines Korrealschuldners nutzt dem andern nur, wenn sie „socii" sind, l. 3 § 3 D. h. t.

14) Das Befreiungslegat ist streng genommen gegenstandslos, wenn die bezügliche Schuld nicht besteht; denn was nicht existirt, kann auch nicht aufgehoben werden, vgl. l. 13 D. h. t. 34, 3. Dennoch hat es auch in diesem Falle Bedeutung, wenn die Frage der Existenz der Schuld illiquide ist. — Es erlischt durch Untergang der Schuld bei Lebzeiten des Gläubigers, l. 21 D. h. t. 34, 3. — Ob der Erblasser das Legat dadurch widerruft, daß er die fragliche Schuld einfordert, ist Thatfrage, die für die Regel zu bejahen ist.

15) Den Römern machte die alte Form des Liberationslegates „decem quae mihi Titius debet ei do lego" Skrupel. Denn aus ihr konnte man folgern, daß die bezeichnete Summe schlechthin vermacht sei und daß nur eine „falsa demonstratio" zugefügt sei. Dennoch war dies keineswegs begründet, denn die Absicht ging auch bei dieser Formel auf ein Liberationslegat und nichts Anderes. So die l. 75 § 2 D. de leg. I; auch die l. 25 D. h. t. kommt zu diesem Resultat. Doch sind die Meinungen der Neueren sehr getheilt. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 555, Arndts § 576 und dort Citirte. Für das heutige Recht hat man jedenfalls davon auszugehen, daß das „Liberationsvermächtniß" an sich kein „Summenvermächtniß" ist.

16) Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 n. 8. B.G.B. enthält keine besonderen Vorschriften.

17) Nach römischem Rechte war das Schuldvermächtniß „inutile", „nullum", wenn sich nicht ein Plus in dem Legate fand gegenüber der Schuld, § 14 J. de leg. 2, 20, l. 13, l. 14, l. 25, l. 28 § 13 D. de liber. leg. 34, 3, l. 82 pr. D. de leg. II, l. 1 § 10 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Es ist daher nicht zu bezweifeln, daß in Rom, wenn der Legatar aus dem Schuldvermächtnisse klagte, der Schuldner einwenden konnte, er sei die fragliche Summe in gleicher Höhe schuldig, die Legatsklage sei also unbegründet, und daß der Gläubiger daraufhin mit der Klage aus dem

Besteht also die Schuld, so hat der Gläubiger zwei Klagerechte, die ihm nebeneinander zustehen, aber so, daß einmalige Befriedigung beide beseitigt.

Die Geltendmachung des Schuldvermächtnisses verlangt, daß alle formellen und materiellen Erfordernisse eines Vermächtnisses vorhanden sind. Dem Gläubiger kommen hierbei die Privilegien der Vermächtnisse, insbesondere der Anspruch auf Sicherstellung zu gute, und es treffen ihn die Beschränkungen der Vermächtnisse, insbesondere die Zurücksetzungen gegen die Erbschaftsgläubiger.[18]

Der Erbe kann gegen das Vermächtniß einwenden:

a) daß der Erblasser die Schuld irrthümlicherweise als bestehend ansah,[19]

b) daß er sie bei Lebzeiten durch Zahlung oder in anderer Weise getilgt hat.[20]

c) Bedingungen und Zahlungstermine des Schuldverhältnisses gelten als im Schuldvermächtnisse wiederholt.[21]

Hat der Erblasser, wissend daß er nichts schulde, eine bestimmte Summe unter der Bemerkung, daß er sie schuldig sei, vermacht, so liegt kein Schuldvermächtniß vor, sondern das Vermächtniß einer Summe unter einer falschen Angabe, die nicht schadet.[22]

Legat abgewiesen werden mußte. Vgl. l. 28 § 14 D. de lib. leg. 34, 3. Hierfür aber bestanden zwei Gründe. Der eine war praktischer Natur. Man suchte dadurch die Möglichkeit von Doppelklagen wegen desselben Ausstandes, welche zu doppelten Judikaten und doppeltem Zahlungszwang führen mußten, solange der Prozeß noch die alte Strenge hatte, auszuschließen. Aus ähnlichen Gründen war bezüglich des Vermächtnisses der dos an die Frau das edictum de alterutro aufgestellt. Vgl. oben Bd. 3 § 14 Anm. 7. Dann aber schien ein derartiges Legat theoretisch um deswillen ungültig, weil es keine Liberalität enthielt. Die erstere Erwägung verlor in der Kaiserzeit ihr Gewicht, da man jetzt in Folge der Exceptionen in doppelten Klagen wegen desselben Schuldgegenstandes nichts Bedenkliches mehr fand. Ueber die zweite kam man nicht vollständig hinaus. Nur wenn das Legat ein Mehr als die Schuld bot, schien es als Legat gültig, weil es dann allerdings zweifellos eine Liberalität bot. Marcellus freilich nahm unbedingt die Gültigkeit des legatum debiti an, l. 28 § 1 de legat. I. Er drang aber nicht durch. Vgl. freilich Köppen, Lehrb. des Erbrechts S. 802. Im gemeinen Rechte dagegen wurde die röm. Auffassung weder verstanden noch recipirt. Eine Klage aus einem Schuldvermächtniß wurde nie auf Grund des Einwandes zurückgewiesen, daß der Erbe den betr. Betrag in derselben Höhe und Art schulde, vgl. mein preuß. Priv.R. Bd. 3 § 152 Anm. 2, Hartmann a. a. O.

18) Nachvermächtnisse können ihm nur insoweit aufgelegt werden, als er durch das Schuldvermächtniß in der That mehr erhält, als seine Forderung beträgt. Vgl. oben Bd. 3 § 98 Anm. 10.

19) Dies wegen Irrthums in dem bestimmenden Motive, vgl. oben Bd. 3 § 79.

20) l. 1 § 5 D. de dote praelegata 33. 4.

21) § 14 J. de leg. 2, 20, l. 13, l. 14 D. de lib. leg. 34, 3. Peremptorische Exceptionen gelten als remittirt, l. 13 D. eod.

22) l. 75 § 1 D. de leg. I, l. 88 § 10 D. de leg. II.

Der Gläubiger kann natürlich auch seine ursprüngliche Forderung geltend machen, die er dann selbständig begründen und beweisen muß. Die letztwillige Erklärung des Erblassers kann diesen Beweis nicht ersetzen und höchstens ein mehr oder minder zu beachtendes Indicium abgeben.

Das absolutorische Erkenntniß in der einen der beiden Klagen steht der anderen Klage nicht entgegen, da sich die Klaggründe nicht decken.[23]

Der Erblasser kann auch seinen Erben die Zahlung einer Forderung auflegen, die der Legatar an einen Dritten hat. Der Onerirte ist dann Solidarschuldner neben dem Hauptschuldner.[24]

B. Akkrescenz und Substitution bei Vermächtnissen.

§ 113. Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.[1]

Es kommt nicht selten vor, daß der Erblasser ein Objekt derart Mehreren vermacht, daß sie sich in dasselbe zu theilen haben. Wenn es sich dabei um eine Summe handelt, so entstehen Theilsummen, wenn um eine Species, ideelle Theile.

Erwirbt einer der Legatare nicht, so entsteht die Frage, ob sein Theil bei dem Belasteten verbleibt, oder dem miternannten Legatar zukommt. Es muß sich dies danach richten, ob der Erblasser jedem definitiv nur einen Theil vermachen, oder ob er ihm eventuell das Ganze zuwenden wollte. Soweit dies nicht aus dem Zusammenhange der Verfügungen und ihren Zwecken erhellt, worauf man in erster Linie zu sehen hat, ist die Interpretation maßgebend, welche das Gesetz für bestimmte Redewendungen trifft.[2]

1. Der Erblasser hat in demselben Satz — conjunctim — dasselbe Objekt Mehreren vermacht, ohne ihnen Theile zuzuweisen, z. B. „dem A. und B. vermache ich mein Haus“.

Das galt im alten Rechte beim Vindikationslegate als re et verbis

---

23) l. 28 § 14 D. de liber. leg. 34, 3.

24) Vgl. auch Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 24 S. 135.

1) Schneider, das altcivile und justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten 1837, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 1 ff., Samter im Archiv für civ. Praxis Bd. 60 n. 2. Dort S. 77 die Litteratur.

2) § 8 J. de legatis 2, 20. Si eadem res duobus legata sit sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat „Titio et Sejo hominem Stichum do lego“, disjunctim ita: „Titio hominem Stichum do lego, Sejo Stichum do lego.“ sed et si expresserit „eundem hominem Stichum“ aeque disjunctim legatum intellegitur.

conjunctio, mit anderen Worten als eventuelle Berufung der in einem Satze Verbundenen auf das Ganze so, daß Anwachsungsrecht eintrat. War freilich die Form des Damnationslegates gewählt, so entstanden in diesem Falle schlechthin Theilobligationen gemäß allgemeiner Regel des römischen Obligationsrechtes.[3]

Justinian legte dem unificirten Vermächtnißrechte seiner Zeit die Regel des Vindikationslegates zu Grunde.

Es tritt also Anwachsungsrecht ein. Etwaige Lasten der ausfallenden Portion hat der Kollegatar zu tragen, er hat dagegen aber auch die freie Wahl, ob er die Anwachsung will oder nicht.[4]

2. Die größte Streitfrage besteht darüber, ob das gleiche Anwachsungsrecht auch einzutreten hat, falls der Erblasser, welcher Mehreren dieselbe Sache vermacht, ausdrücklich Theile zufügt, z. B. „A. und B. sollen mein Rittergut je zur Hälfte haben". Man formulirt dies häufig so: Haben „verbis tantum conjuncti" ein Anwachsungsrecht?

Aber wenn sie bloß sprachlich und nicht auch sachlich verbunden sind, können sie kein Anwachsungsrecht haben, weil sich die Anwachsung nur darauf gründen kann, daß ihnen der Erblasser eventuell die ganze Sache zudachte.

Das Richtige ist zu antworten, daß an sich, wer bloß zum Theile ernannt ist, damit nicht ohne Weiteres eventuell zum Ganzen berufen sein sollte; daß aber aus den Umständen des Falles allerdings erhellen kann, daß solche Legatare eventuell das Ganze haben

3) Siehe das Nähere bei Gajus, Inst. II §§ 199, 205, 223. Ulpian. fragm. XXIV. §§ 12, 13. Salkowski a. a. O. S. 4 Anm. 9.

4) l. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51. Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem conjunctim hoc relinquatur et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. Sin vero pars quaedam ex his deficiat, eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere vel, si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est: cum vero quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere. Sin autem disjunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat.. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant.. apud ipsum qui habet solida res maneat nullius concursu deminuta.. Sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum legatum imminutum habet. Et varietatis non in occulto sit ratio, cum ideo videtur testator disjunctim haec reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat. nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas conjunctim ea disponere. Auch nach B.G.B. § 2158 tritt, wenn mehreren derselbe Gegenstand vermacht ist, Anwachsung ein. Doch kann sie der Erblasser ausschließen. Sind einige der Bedachten zu demselben Antheile berufen, so tritt die Anwachsung zunächst unter ihnen ein. § 2159 bestimmt indessen: Der durch Anwachsung einem Vermächtnißnehmer anfallende Antheil gilt in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser oder der wegfallende Vermächtnißnehmer beschwert ist, als besonderes Vermächtniß.

sollten. Dann sind aber die scheinbar bloß „verbis conjuncti“ in der That auch „re conjuncti“.[5]

3. In Rom war es gewöhnlich, daß man die mehreren Legatarien „disjunctim“, d. h. in verschiedenen Sätzen auf dieselbe Sache berief, z. B. dem „A. vermache ich den Stichus, dem B. vermache ich den Stichus auch“.

Dies galt beim Vindikationslegat als „re tantum conjunctio“, gab also Akkrescenzrecht; ganz anders freilich beim Damnationslegat.

Justinian adoptirte auch hier die Regel des Vindikationslegates. Er verordnete auch, daß der Kollegatar in diesem Falle die dem ausfallenden Kollegatar aufgelegten Lasten nicht tragen soll, dagegen aber auch die Anwachsung nicht zurückweisen kann, wenn er seinen Theil erwirbt.[6]

Der Grundsatz portio portioni accrescit gilt auch für Legate. Der Legatar muß daher die Anwachsung nicht erleben.[7]

§ 114. Die Substitutionen bei Vermächtnissen.

Es sind Substitutionen bei Vermächtnissen möglich, nämlich:

1. direkte Substitutionen entsprechend der Vulgarsubstitution bei Erbeseinsetzungen auf den Fall, daß der zunächst Honorirte das Vermächtniß nicht erwirbt.

Die Substitution ist in der Regel als erledigt anzusehen, sowie dem zunächst Honorirten das Vermächtniß cedirt, auch wenn er den Erbschaftsantritt nicht erlebt.[1]

Im Falle der Repudiation durch den zuerst Honorirten rückt aber der Substitut ein, da sie so wirkt, als hätte der Repudiirende nicht erworben.[2]

2. Durch fideikommissarische Substitutionen werden successive Vermächtnisse begründet, bei welchen die vermachte Sache zuerst dem Einen, und dann, sei es nach Zeit oder unter Bedingungen oder auch sofort, dem Anderen zugedacht ist.[3]

Erwirbt der Vorvermächtnißnehmer nicht, so gilt der Erbe als mit dem Nachvermächtnisse belastet.

5) Nach B.G.B. § 2158 Abs. 1 Satz 2 tritt Anwachsung auch dann ein, wenn der Erblasser die Antheile der Bedachten bestimmt hat.

6) Nach B.G.B. gilt das oben Anm. 4 Gesagte.

7) Vgl. oben Bd. 3 § 91.

1) l. 50 pr., l. 77 § 13 D. de leg. II, l. 3 § 1 D. de adimendis leg. 34, 4. Zimmern im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 18. B.G.B. § 2190.

2) l. 6 C. de legatis 6, 37.

3) Vgl. auch B.G.B. § 2191.

Eine besondere Art des successiven Vermächtnisses ist das römische Familienfideikommiß.

Dasselbe weicht weit ab von dem deutschrechtlichen Familienfideikommisse, mit dem es nicht viel mehr als den Namen gemeinsam hat.

Allerdings war auch das römische Familienfideikommiß ursprünglich den Agnaten bestimmt.[4] Aber nach der Entwickelung der späteren Zeit gilt es für alle, auch kognatische Familiengenossen und in deren Ermangelung selbst für deren Ehegatten.[5]

Eine bestimmte Erbfolgeordnung bildete sich beim römischen Familienfideikommisse nicht. Der jeweilige Inhaber kann dessen Objekt beliebig einem Familiengenossen zuwenden.[6] Dasselbe kann auch im Miteigenthume mehrerer Familienglieder stehen.

Dagegen darf das Objekt des Fideikommisses nicht aus der Familie, sei es durch Verfügung unter Lebenden oder von Todeswegen herausgebracht werden. Wird dem zuwidergehandelt, so können es die Familienglieder in Anspruch nehmen.[7] Die des nächsten Grades haben zunächst das Recht auf dasselbe.[8]

Das römische Familienfideikommiß dauert nicht für immer. Vielmehr wird sein Objekt in der vierten Hand freies Gut.[9]

C. Das Prälegat.[1]

§ 115. Begriff und Wirkungen des Prälegates.

Auch ein Erbe kann mit Vermächtnissen honorirt werden.

Die Neueren unterscheiden Prälegate im weiteren und im engeren Sinne.

---

4) l. 32 § 6 D. de leg. II beschränkt es auf Personen „ex nomine defuncti“, die l. 69 § 4 D. eod. läßt auch die „emancipati“ zu.

5) l. 5 C. de V. S. 6, 38.

6) l. 67 pr. § 2 D. de leg. II, l. 114 § 17 D. de leg. I.

7) Wer zur Veräußerung an Fremde seine Zustimmung giebt, verliert sein Recht, l. 11 C. de fideicommissis 6, 42.

8) l. 69 § 3 D. de leg. II. Die Quellen sprechen sich nicht darüber aus, ob die Gradesnähe mit dem Stifter oder die mit dem letzten Inhaber maßgebend ist. Mit Recht nimmt Windscheid Bd. 3 § 637 Anm. 5 als dem Willen des Stifters entsprechend an, daß sich die Gradesnähe „was die zur Zeit des Todes des Erblassers Lebenden angeht, nach dem Erblasser, in Betreff der später Geborenen nach dem letzten Inhaber“ bestimme.

9) Die Novelle 159 bestimmt dies nur für einen Fall, in welchem ein Vorgänger in der Unmündigkeit verstarb. Doch auf dieses besondere und wohl zufällige Moment legt die gemeine Meinung kein Gewicht; vgl. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 3 S. 54. Anders Windscheid Bd. 3 § 637 Anm. 7. Ueberhaupt ist zu vergleichen Stölzel über fideik. Subst. bei Gruchot Bd. 19 S. 641, Rosin in Iherings Jahrb. Bd. 32 n. 7 S. 323, 391. Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 59 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse unberührt.

Prälegate im weiteren Sinne bilden Vermächtnisse zu Gunsten eines Erben, deren Entrichtung seinen Miterben persönlich oder Dritten aufgelegt ist. Hierher gehören Vermächtnisse, welche ein Voraus aus der Erbschaft zuwenden sollen — Voraus- oder Ausscheidungsvermächtnisse —,[2] welche nach der Absicht des Erblassers so angesehen werden sollen, wie wenn das Vermachte nicht zur Erbschaft gehörte.[3]

Besondere Rechtssätze galten aber in Rom für Prälegate im engeren Sinne, d. h. Vermächtnisse zu Gunsten eines Miterben, welche den Erben als solchen obliegen.[4]

1. Da der Honorirte zu den ernannten Erben gehört, so ist das Prälegat auf Höhe seines Erbtheiles ungültig hinterlassen.[5] Denn Niemand kann bezüglich desselben zugleich honorirt und onerirt, Berechtigter und Verpflichteter sein.

2. Der Prälegatar, welcher seinen Erbtheil erwirbt, behält in der Regel den ihm von sich selbst, also ungültig vermachten Theil seines Prälegates als Erbe, während er die anderen Theile als Legatar erhält. Er hat daher doch das Ganze der vermachten Sache, und es könnte gleichgültig erscheinen, daß er es nur zum Theil als Vermächtniß, zum Theil aber als Erbe erhielt.

Indessen kann jene Unterscheidung erhebliche Folgen haben.

Denn vor Allem wird ihm der Theil des Prälegates, der ungültig vermacht ist und den er als Erbe besitzt, in die Falcidische Quart eingerechnet, was bei ihm zugewendeten Vermächtnissen nicht der Fall ist.[6] Ferner muß er dann, wenn ihm die Herausgabe seines Erbtheils an einen Universalfideikommissar aufgelegt ist, als einen Bestandtheil desselben in der Regel den Theil des Prälegates mit erstatten, welcher ungültig vermacht ist.[7]

---

1) Die Monographien über Prälegate stellt Arndts bei Glück Bd. 47 S. 22 und 23 zusammen. Es gehört dahin namentlich das weitschichtige Werk von Buchholtz 1850. Dazu kam Kretschmar, die Natur des Prälegats 1884.

2) Vgl. Bernstein zur Lehre vom römischen Voraus — legatum per praeceptionem in der Savignyzeitschrift rom. Abthg. Bd. 15 S. 26. Die interessante Untersuchung läßt freilich manche Bedenken bestehen.

3) Daß das einem der Miterben zugewendete „Voraus" rechtlich als ein dessen Miterben aufgelegtes Vermächtniß behandelt werden mußte, entspricht der Konstruktion des römischen Erbrechtes. Vgl. auch l. 14 D. de dote prael. 33, 4 Scaevola libro 15 Digest . . . Quaero an eandem summam dotis nomine coheredes extra partem hereditatis minori filiae praestare debeant? respondit eum, cujus notio est, aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur.

4) Der Ausdruck „praelegare" wird in den Quellen für das, was die Neueren „Prälegat" nennen, häufig gebraucht. Doch ist derselbe keineswegs streng technisch und hat oft ganz andere Bedeutungen, vgl. Arndts a. a. O. S. 22.

5) Ulp. fragmenta XXIV § 22. Heredi a semet ipso legari non potest. Vgl. O. Göppert, über d. Grund der Regel h. a. s. i. inutiliter legatur. Gött. Inaug.diss. 1893. Die Formulirungen der Pandektenjuristen siehe bei Kretschmar a. a. O. S. 17.

6) l. 74 D. ad legem Falcidiam 35, 2, l. 86, l. 91 D. eod.

7) l. 19 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Ueber die hiermit scheinbar im Widerspruch stehende l. 86 D. ad legem Falcidiam ist zu vergleichen Vangerow

§ 116. Die Akkrescenz beim Prälegat.

In virtuoser Technik behandelten die römischen Juristen die Akkrescenz beim Prälegat. Sie gingen hierbei von zwei Sätzen aus, die an sich wohl begründet scheinen.

Einmal: das, was dem Prälegatar von sich selbst hinterlassen ist, ist ungültig vermacht.

Dann: der Kollegatar erwirbt das ganze Vermächtniß, soweit es der mit ihm Verbundene nicht erwirbt und insbesondere nicht erwerben kann.

Gab man das einmal zu, so schienen auch die Konsequenzen unausweichlich:

a) Einem der Miterben ist zusammen mit einem Kollegatar eine Sache vermacht. Dem Kollegatar fällt dann zu, was dem Prälegatar von sich selbst ungültig vermacht ist. Ist also A. und B. jeder zur Hälfte Erbe, und ist außerdem dem A. zusammen mit den Kollegataren C. und D. ein Grundstück vermacht, so erhält A. nur $^1/_6$ des Grundstückes, nämlich das Drittel der Hälfte, welche sein Miterbe B. zu entrichten hat, alles Andere aber fällt an die Kollegatare C. und D.[1]

b) Noch auffallender steht es, wenn Miterben zu ungleichen Erbtheilen eingesetzt und zudem als Kollegatare mit einem Prälegat honorirt sind. Je größer dann die Erbportion eines jeden ist, desto kleiner wird sein Antheil an der prälegirten Sache, je kleiner seine Erbportion ist, desto größer sein Antheil an dem Prälegate! Es ist z. B. A. zu $^1/_{12}$ und B. zu $^{11}/_{12}$ zu Erben eingesetzt und Beiden ein Grundstück vermacht. Dann erhält A. die $^{11}/_{12}$, welche der B. zu prästiren hat und an welchen dieser keinen Vermächtnißanspruch hat, und B. erhält das $^1/_{12}$, welches der A. zu prästiren hat.[2]

Diese Sätze müssen sich in altrömischer Zeit gebildet haben, in welcher man die Rechtsregeln mehr mechanisch anwendete, und die Folgen wie ein Fatum trug. Da sie einmal galten, accommodirte sich ihnen auch der Wille der römischen Erblasser, und es mag solche gegeben haben, die ihre Freude an dem neckischen Spiele einer derartigen Verfügung hatten.[3] Dem Willen deutscher Erblasser würden die dargestellten Sätze aber total widersprechen.

Bd. 2 § 523 S. 419, Pampaloni in den studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini S. 453 ff.

1) l. 34 § 11 D. de leg. I. Ulpianus libro 21 ad Sabinum: Si duobus sit legata quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit, l. 116 § 1 D. eod. Florentinus libro 11 institutionum. Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest. itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede cui legatum est semissem et ab alio herede trientem vindicabunt.

2) l. 34 § 12 D. cit. — oben Anm. 1 — Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

3) Die in Anm. 1 und 2 wiedergegebenen Stellen rechtfertigen die im Texte ausgeführten Sätze. Dieselben sind insbesondere von Vangerow im Archiv für civ. Praxis Bd. 35 n. 8 und Pandekten Bd. 2 § 523 S. 421 überzeugend als die römischen vertheidigt worden. Unter den von den Gegnern angeführten Stellen ist allein bedenklich l. 67 § 1 D. de leg. I von Gajus. Sollte Gajus aber auch eine

Man wird die bezüglichen Vermächtnisse durchaus als Voraus- oder Ausscheidungsvermächtnisse zu behandeln haben, so daß Prälegate im engeren Sinne nicht mehr vorkommen.[4]

So bestimmt denn auch B.G.B. § 2150: Das einem Erben zugewendete Vermächtniß (Vorausvermächtniß) gilt als Vermächtniß auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist.

III. Schenkungen auf den Todesfall.

§ 117. Begriff und Arten der Schenkungen auf den Todesfall.[1]

I. Schenkungen auf den Todesfall oder von Todeswegen[2] — mortis causa — sind für den Fall gemacht, daß der Schenker vor dem Beschenkten stirbt.[3]

Sie werden also erst perfekt mit dem Versterben des Schenkers vor dem Beschenkten, und werden kraftlos, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt.[4] Auch kann sie der Schenker in der Regel willkürlich widerrufen,[5] doch ist Verzicht auf dieses Widerrufsrecht zulässig.[6]

Nicht jede Schenkung, die der Schenker in Erwartung und in dem Gedanken seines Todes vornimmt, ist Schenkung auf den Todesfall. Oft handelt es sich hierbei vielmehr nur um eine gewöhnliche Schenkung, unter Hervorhebung ihrer Veranlassung.[7] Ob Schenkung auf den Todesfall vor-

---

Sondermeinung gehabt haben, so wäre sie nicht im römischen Rechte durchgedrungen. Immerhin sind die Meinungen getheilt, vgl. Kretschmar a. a. O. S. 165. Vgl. noch Bernstein a. a. O. S. 121.

4) Bernstein a. a. O. S. 143.

1) Tit. Dig. de mortis causa donationibus 39, 6, Cod. eod. 8, 56. W. Müller, Natur der Schenkung auf Todesfall 1827; Savigny, System Bd. 4 S. 239; Vangerow Bd. 2 §§ 561 ff.; Keller, Institutionen S. 343; Alfred Cohen, Schenkung von Todeswegen 1878, ausführliche Münchener Inauguraldissertation; Heck, die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall 1890, insbes. § 4.

2) Die ältere deutsche Bezeichnung ist Schenkung auf den Todesfall. Sie ist wohl die charakteristischste. Seit Hasse, rhein. Museum Bd. 2 S. 300 spricht man meist von „Schenkungen Todes halber" oder in noch engerem Anschluß an die römische Bezeichnung „von Todeswegen".

3) § 1 J. de donationibus 2, 7: Mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam eum cui donatur, magisque eum cui donat quam heredem suum. Vgl. l. 1 pr., l. 35 § 2 D. h. t. 39, 6.

4) l. 32 D. h. t. 39, 6. Es ist scharf zu unterscheiden die Schenkung, welche erst mit dem Tode des Schenkers perfekt wird, und das Mittel, durch welches sie sich verwirklicht, die Uebereignung des Schenkungsobjekts, welche sehr häufig unmittelbar mit der Vollziehung des Schenkungsaktes perficirt wird. Das Verhältniß ist kein anderes, wie bei der Uebereignung von Objekten zur dos vor dem Abschlusse der Ehe. Eigenthum geht auch dabei sofort über, die dos perficirt sich erst mit dem Eheschlusse. Dies hat namentlich Brinz 1. Aufl. Bd. 2 S. 1461 ausgeführt. Vgl. ferner Cohen a. a. O. S. 45.

5) l. 16, l. 30 D. h. t. 39, 6.

6) l. 13 § 1, l. 35 § 4 D. h. t. Nov. 87 pr. c. 1.

7) l. 27 D. h. t. 39, 6. Marcianus libro 5 regularum: Ubi ita donatur

liegt, ist Frage der Interpretation. Die Praxis nimmt eine solche namentlich dann an, wenn sich der Schenker das freie Widerrufsrecht vorbehalten hat. [8]

II. Wie Schenkungen anderer Art werden auch die auf den Todesfall durch Verträge unter Lebenden errichtet.

Der Abschluß ist in der gewöhnlichen Weise möglich, also bis zu 500 solidi formlos und darüber hinaus durch gerichtliche Insinuation.

Letztere kann aber durch Erklärung des Schenkers vor 5 Zeugen ersetzt werden.[9] Die Acceptation des Beschenkten ist auch hierbei nothwendig, kann aber formlos und unter Abwesenden geschehen.

III. Zu unterscheiden sind zwei Arten von Schenkungen auf den Todesfall: [10]

a) die eine ist für den Fall des Todes des Schenkers in einer gegenwärtigen Gefahr gemacht. Sie wird kraftlos im Falle des Ueberstehens dieser Gefahr;

b) die andere ist an eine bestimmte Todesgefahr nicht gebunden.

IV. Geben, Versprechen, wie auch Verzicht können Schenkungen auf den Todesfall bewirken.

Die Hingabe des Schenkungsobjektes kann so geschehen, daß der Beschenkte zunächst nur Detention und erst mit dem Tode des Schenkers juristischen Besitz und Eigenthum erhalten soll, so daß Beides also suspensiv bedingt ist. Dergleichen kommt nicht leicht anders als bei

---

mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio, ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione.

8) Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 46 und dort Citirte, Cohen a. a. O. S. 11.

9) l. 4 C. h. t. 8, 56. Justinianus a. 530. Es bestehen tief eingreifende Streitfragen: a) Wird die Kodicillarform erfordert beziehungsweise ist sie genügend, oder werden nur 5 Zeugen erfordert, sind aber diese immer nothwendig? Die Verfügung Justinians geht dahin „ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus aliquis voluerit mortis causa donationem facere et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata“. Hieran ist festzuhalten. Allerdings war sein Motiv, daß die Schenkungen von Todeswegen den Legaten verwandt seien, und offenbar schwebte ihm die Kodicillarform als Muster vor. Das beweist aber nicht, daß er sie schlechthin übertragen wollte. Er bestimmte die Errichtungsform eben nur analog. Aehnlich Vangerow Bd. 2 § 563 S. 569, welcher jedoch inkonsequenter Weise von den Zeugen die Eigenschaft „der Kodicillarzeugen“, also nach seiner Ansicht von Testamentszeugen fordert. b) Es ist ferner sehr bestritten, ob die l. 4 C. h. t. 8, 56 eine ausschließliche Form für die Schenkungen von Todeswegen einführte oder ob auch die alten Formen, insbesondere die gerichtliche Insinuation ausreichen. Das letztere ist das Richtige, denn Justinian hebt die älteren Formen nicht auf. Die Litteratur über diese Streitfrage siehe bei Schröter in Lindes Zeitschrift Bd. 2 S. 148 und Cohen S. 19.

10) l. 2—6, l. 8 § 1, l. 31 § 2 in fine D. h. t. 39, 6.

Schenkungen vor, die an eine unmittelbare Todesgefahr geknüpft sind, bei denen baldige Entscheidung zu erwarten steht.[11]

In der Regel dagegen erhält der auf den Todesfall Beschenkte unmittelbar Besitz und Eigenthum mit der Hingabe. Perficirt sich hinterher die Schenkung nicht, insbesondere weil der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, so hat der letztere eine condictio, weil der Zweck der Hingabe vereitelt ist.[12] Manche römische Juristen betrachteten aber die Uebereignung geradezu als resolutiv bedingt, so daß sie der Schenker auflösen konnte, wenn der Beschenkte vor ihm starb.[13] Dies wurde justinianisches Recht. Der Schenker hat hiernach die Wahl zwischen der condictio, mit welcher er die Bereicherung des Beklagten aus der Beschenkung herausfordert,[14] und der Vindikation des Weggegebenen.

§ 118. Unterordnung der Schenkungen auf den Todesfall unter die Theorie der Vermächtnisse.

Die Schenkungen auf den Todesfall verfolgen ähnliche Zwecke wie die Vermächtnisse. Wie diese entziehen sie dem Verfügenden noch nichts endgültig, mindern aber seinen Nachlaß. In Folge dessen war man veranlaßt, auf sie zahlreiche Sätze der Theorie der Legate zu übertragen.

---

11) Vgl. l. 2 D. h. t. 39, 6. Ulpianus libro 32 ad Sabinum: Julianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. tertium genus donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta. Es ist dies keine Eintheilung, die auf einem einheitlichen Eintheilungsprincipe beruht, und logisch und abstrakt erscheint sie unhaltbar. Julian wollte nur die drei Haupterscheinungen darstellen, in denen die mortis causa donatio im Leben vorkam. Offenbar fand er eine suspensiv bedingte Hingabe nur bei Schenkungen in unmittelbarer Todesgefahr.

12) l. 35 § 3 D. h. t. Paulus libro 6 ad legem Juliam et Papiam ... nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta.

13) l. 29 D. h. t. 39, 6. Ulpianus libro 17 ad edictum: Si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum an habeat in rem actionem, et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est — also suspensiv bedingt — sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est. si vero sic ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori si quid horum contigisset interim autem ei cui donatum est. Eine derartige Resolutivbedingung hat wohl schon Julian unter gewissen Voraussetzungen angenommen l. 14 D. h. t. 39, 6; vgl. jedoch auch l. 19, l. 37 § 1 D. eod.

14) Die Kondiktion geht auch auf den vom Beschenkten für die geschenkte Sache erworbenen Kaufpreis, l. 37 § 1 D. h. t., sowie auf die vom Beschenkten gezogenen Früchte, l. 38 § 3 D. de usuris 22, 1. Daß sie nicht über den Betrag der Bereicherung des Beschenkten geht, folgt aus der Natur der Sache.

Dies gilt vor Allem von Beschränkungen der Legate, namentlich zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger,[1] der Erben[2] und pflichttheilsberechtigter Personen.[3] [4]

Auch gewisse Begünstigungen der Vermächtnisse übertrug man auf Schenkungen von Todeswegen. Freilich geschah dies später, weniger allgemein, mit gerechtfertigtem Zögern.[5] Justinian ging jedoch auch hierin ziemlich weit. Er bestimmte unter anderem, daß das Akkrescenzrecht[6] der Legatare und die cautio Muciana den auf den Todesfall Beschenkten zu gute kommen solle.[7]

Er eignete sich sogar den generellen Satz an, daß das Recht der Legate schlechthin auch für Schenkungen auf den Todesfall gelte.[8]

Das ist aber cum grano salis aufzufassen.

Denn es bleiben wesentliche Verschiedenheiten, welche die Anwendung zahlreicher Sätze des Legatenrechtes ausschließen. Einmal sind die Schenkungen auf den Todesfall unter Lebenden geschlossen. Die für Geschäfte unter Lebenden nothwendige Handlungsfähigkeit, nicht testamenti factio muß daher der Schenker haben.[9] Auch ist die favorable Behandlung der Bedingungen letztwilliger Verfügungen keineswegs ohne Weiteres zu übertragen.[10] Ferner giebt der Erblasser die Sache un-

1) Schenkungen auf den Todesfall sind wie Legate nur aus dem Reinbetrag des Nachlasses geschuldet, werden also ganz ungültig, wenn der Nachlaß insolvent ist, l. 17 D. h. t. 39, 6.

2) Die lex Furia und lex Voconia hatten die mortis causa capiones jeder Art wie Legate behandelt. Gajus, Inst. II §§ 225 und 226. Die lex Falcidia hatte Gleiches nicht bestimmt, weil dies in ihr System nicht zu passen schien, wonach dem Erben der vierte Theil der „hereditas“ verbleiben sollte, zu der die mortis causa donationes nicht gehörten: aber Sever stellte auch sie bezüglich der Falcidia den Legaten gleich, l. 2 § 2 C. h. t. 8, 56, oben Bd. 3 § 101 Anm. 12.

3) Vgl. Fitting, über pflichttheilswidrige Schenkungen im Archiv für civ. Praxis Bd. 50 S. 62.

4) Ferner gehören hierher Beschränkungen der Kapacität, l. 9, l. 22, l. 35 pr. D. h. t. 39, 6.

5) Nur die remissio der condicio jurisjurandi — oben Bd. 3 § 83 Anm. 2 — wird in klassischer Zeit nach l. 8 § 3 D. de cond. inst. 28, 7 auf mortis causa donationes ausgedehnt.

6) l. un. § 14 C. de caducis toll. 6, 51.

7) nov. 22 cap. 44 § 9.

8) l. 37 pr. D. h. t. 39, 6. Ulpianus libro 15 ad legem Juliam et Papiam: Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas: quodcunque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum. Im Sinne Ulpians bezog sich dies wohl nur auf die lex Julia et Papia.

9) Es können also namentlich Hauskinder von Todeswegen schenken, bezüglich ihres freien Vermögens sogar ohne Zustimmung des Vaters, l. 25 § 1 D. h. t. 39, 6, vgl. freilich Vangerow Bd. 2 § 428 S. 73, aber auch § 562 S. 566.

10) Das Gegentheil behauptet Windscheid Bd. 3 § 676 Anm. 9, vgl. andererseits Cohen a. a. O. S. 159.

mittelbar weg. Der Erbe hat daher gegen den auf den Todesfall Beschenkten das interdictum quod legatorum nicht.[11] Endlich ist es von Wichtigkeit, daß die Schenkung auf den Todesfall keinen Onerirten kennt. Ihre Kraft ist daher nicht davon abhängig, daß die Erbschaft einen Erben findet.

Nach B.G.B. § 2301 gelten Schenkungsversprechen unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, als Verfügungen von Todeswegen.[12] Unmittelbare Zuwendungen des Geschenkten unter der gedachten Bedingung gelten dagegen als Geschäfte unter Lebenden.[13]

Siebentes Kapitel.

Das Universalfideikommiß.[1]

§ 119. Die Anordnung des Universalfideikommisses.

Das Universalfideikommiß — fideicommissum hereditatis — d. h. die Auflage, die Erbschaft oder eine Quote derselben herauszugeben, beginnt als Vermächtniß und endet als Beerbung. —

Noch zu Anfang der Kaiserzeit unterschied sich allerdings das Recht der Universalfideikommisse grundsätzlich nicht von dem der anderen Fideikommisse. Aber unter Nero kam es zum S. C. Trebellianum, nach welchem sich die Rechte und Pflichten des Erben mit der Restitution der Erbschaft auf den Universalfideikommissar übertragen.

Nunmehr war das Universalfideikommiß von den gewöhnlichen Vermächtnissen wesentlich verschieden, ohne sich doch von dem Vermächtnißrechte völlig loszulösen. Das ergab einen Dualismus, welchen erst die moderne Gesetzgebung abstreifte. Diese erst brach völlig mit der Regel

---

11) l. 1 § 5 D. quod legatorum 43, 3. Ubbelohde, erbrechtliche Interdikte bei Glück, Th. 3 S. 176.

12) Sie werden kaum vorkommen, denn sie fordern notarielle oder gerichtliche Beurkundung; daher wird man ein Testament, das auch eigenhändig sein kann, vorziehen.

13) Sie werden voraussichtlich eine große Rolle spielen. Denn sie geben dem Bedachten Eigenthumsrecht, was das B.G.B. dem Vermächtnißnehmer verweigert. Sie sind an sich formlos z. B. bei Abtretung einer Forderung; sie können mittels constitutum possessorium begründet werden. Den Erbschaftsgläubigern freilich können sie unbequem werden.

1) Tit. Inst. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23, Dig. ad S. C. Trebellianum 36, 1, Cod. 6, 49, Gajus, Inst. II §§ 252—258. Vgl. oben Bd. 3 § 65.

„semel heres semper heres“ und machte aus dem römischen Universalfideikommiß die Einsetzung eines Nacherben, welcher dem Vorerben nach einer festgesetzten Zeit oder unter gewissen Bedingungen nachfolgt.[2]

B.G.B. § 2100 bestimmt: Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein Anderer Erbe geworden ist (Nacherbe).

Zu einer solchen Rechtsbildung konnte freilich das römische Recht noch nicht gelangen, wenn es nicht seine Grundlagen verleugnen wollte.

1. Da das Universalfideikommiß zunächst ein Vermächtniß bildet, so geschieht seine Anordnung nach Vermächtnißrecht. Sie kann also in Testamenten, Kodicillen und selbst mittels Oralfideikommisses geschehen.[3] [4]

Auch der Widerruf erfolgt nach den Regeln der Vermächtnisse, also formlos.

2. Gegenstand des Universalfideikommisses ist der Nachlaß des Erblassers im Ganzen oder eine Quote seines Nachlasses. Mit Unrecht behaupten Manche, daß der Erblasser auch eine von ihm erworbene Erbschaft zum selbständigen Gegenstande eines Universalfideikommisses machen könne. Denn damit würde er diese Erbschaft, welche bereits mit seinem Vermögen vereinigt war, von demselben wieder trennen, und die Gläubiger dieser Erbschaft, statt an seinen Erben, an den Universalfideikommissar verweisen. Es kann aber dem Schuldner nicht freistehen, erworbene Gläubigerrechte durch seine letztwillige Anordnung zu verletzen, indem er die vollzogene, jenen Gläubigern möglicherweise vortheilhafte Konfusion aufhebt.[5]

Nur solche Anordnungen bilden ferner Universalfideikommisse, welche eine mittelbare Universalsuccession bezwecken. Daher ist die bloße Zu-

---

2) Dieser Gedanke lag bereits den Bestimmungen des A.L.R. für die preußischen Staaten zu Grunde I, 12 § 532 und §§ 466 ff. und war bestimmt ausgesprochen im österreichischen bürgerl. Gesetzbuch § 608.

3) § 12 I. h. t. 2, 23.

4) Ein wesentlicher Unterschied ist, daß Vermächtnisse ungültig sind, wenn die Erbschaft insolvent ist, das Universalfideikommiß aber nicht. Die Gründe liegen auf der Hand.

5) Nur bei Soldaten verhält es sich in Folge ihres besonderen Privilegs anders. Unzweideutig hebt dies nach Mäcianus hervor Ulpianus libro 4 fideicommissorum l. 17 § 6 D. h. t. 36, 1: „et quamvis placeat, cum quis hereditatem bonaque quae sibi ab aliquo obvenerunt vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait“. Das erkennt man allgemein an, daß die Senatuskonsulte Anwendung auf „vom Erben zu erwerbende Erbschaften fremder Erblasser“ nicht finden, l. 28 § 9 D. h. t.

wendung des Betrages einer Quote der Erbschaft ein einfaches Vermächtniß.[6] [7]

3. Nur Universalsuccessoren des Erblassers sind mit einem Universalfideikommisse belastbar, also namentlich Testaments- oder Intestaterben und die Erben dieser Personen.[8]

Auch einem Universalfideikommissar kann ein — successives — Universalfideikommiß auferlegt werden. Es läßt sich dies weiter fortsetzen. Im Leben kommen aber derartige gekünstelte Anordnungen nicht leicht vor.[9]

4. Das Universalfideikommiß ist meist an Zeitbestimmungen oder Bedingungen geknüpft. Häufig wird es für den Fall des Todes des Erben hinterlassen; dann ist der Erbe des Erben der Beschwerte.[10]

Nach B.G.B. § 2109 wird die Einsetzung eines Nacherben regelmäßig mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist.

Ist ein kinderloser Descendent des Erblassers dessen Erbe und mit einem Universalfideikommisse auf den Fall seines Todes belastet, so gilt dies nach gesetzlicher Vermuthung als dadurch bedingt, daß er ohne Hinterlassung ehelicher Descendenz verstirbt.[11]

Der Zweck der Universalfideikommisse ist in der Regel, dem fiduciarischen Erben die Nutzungen der Zwischenzeit, dem

---

6) Das klassische Recht kennt neben dem Universalfideikommiß das legatum partitionis, vermöge dessen der Erbe die Nachlaßobjekte mit dem Legatar zu theilen hatte, dieser aber dafür versprechen mußte, für einen entsprechenden Theil der Erbschaftsschulden aufzukommen. Ulpian. fragm. XXIV § 25. XXV § 14 und 15. Noch in den Pandekten finden sich zahlreiche Stellen, welche die partitio legata behandeln. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 556.

7) Als Universalvermächtnisse werden bestmöglichst manche Anordnungen erhalten, die ihrem Wortlaute und ihrem vollen Gedanken nach nicht ausführbar wären. Hat z. B. der Testator seinen Erben aufgelegt, eine bestimmte Person zum Erben einzusetzen, so ist die rechtliche Folge nur, daß der Nachlaß des Testators nach dem Tode seines Erben jenem Honorirten als Universalfideikommiß herauszugeben ist. l. 18 pr. D. h. t. 36, 1. Verordnet der Erblasser, daß sein Erbe kein Testament errichten solle, so liegt hierin ein Universalfideikommiß über seinen Nachlaß zu Gunsten der Intestaterben seines Erben. l. 76 pr. D. h. t. Die Auflage an den Erben, die Erbschaft mit einem Anderen zu theilen, macht diesen zum Universalfideikommissar auf die Hälfte, l. 20 § 1 D. h. t. Aber auch die Aufforderung, mit einem Anderen Gütergemeinschaft zu haben, bildet ein Universalfideikommiß zu dessen Gunsten, abhängig von der Bedingung, daß dieser auch sein Vermögen theilt. Vgl. auch B.G.B. §§ 2103—2105.

8) l. 1 § 8 D. h. t. 36, 1.

9) § 11 I. h. t. 2, 23, l. 1 § 8 D. h. t. 36, 1, vgl. l. 57 § 2 D. eod., l. 7 § 1b und c. C. h. t. 6, 49.

10) Vgl. auch B.G.B. § 2106.

11) l. 102 D. de cond. et dem. 35, 1, l. 30 C. de fideicommissis 6, 42, l. 7 § 1 C. de instit. vel substitut. 6, 25. Ebenso B.G.B. § 2107.

Universalfideikommissar aber die Substanz zuzuwenden. Der Fiduciar behält daher regelmäßig die Nutzungen vom Erbschaftsantritte bis zur Herausgabe der Erbschaft, beziehungsweise bis zu seinem Verzuge in der Herausgabe.[12]

Der Erblasser kann aber andere Zwecke mit dem Universalfideikommisse verfolgen und die Herausgabe der Nutzungen der Zwischenzeit an den Universalfideikommissar anordnen.

§ 120. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution.

Die Rechtsverhältnisse sind bis zur Restitution des Nachlasses denen der Singularvermächtnisse im Wesentlichen gleichartig.

1. Insbesondere gilt dies hinsichtlich der Weise des Erwerbes.[1]

Der Todestag des Erblassers ist regelrecht der „dies cedens" und begründet also die Vererblichkeit des Universalfideikommisses. Ist dasselbe aber bedingt, oder an einen ungewissen Termin geknüpft, der wie eine Bedingung wirkt, so tritt die Vererblichkeit erst mit dem bedingenden Ereignisse ein.[2]

Auch für das Universalfideikommiß gilt als Regel, daß es nur durch den Erwerb der Erbschaft seitens der Erben zu Kräften kommt. Repudiation steht auch dem Universalfideikommissar frei.[3]

Die Wirkungen des Erwerbes gestalten sich dagegen zum Theil anders als bei Singularvermächtnissen. Denn der Universalfideikommissar erlangt nur eine Forderung auf Restitution der Erbschaft. Unrichtig ist die Meinung, daß er Eigenthümer der Nachlaßsachen vor der Restitution werde.[4]. Denn den Gegenstand des Universalfideikommisses bilden nicht die Nachlaßsachen, sondern die Restitution des Gesammtnachlasses.[5]

2. Der Fiduciar wird Erbe mit Rechten und Pflichten eines solchen, also Eigenthümer der Erbschaftssachen, Gläubiger der Erbschaftsforderungen, Schuldner der Erbschaftsschulden.

---

12) Es gilt allgemein und also auch für unbetagte, unbedingte Universalfideikommisse, was Ulpian libro 15 ad Sabinum l. 19 pr. D. h. t. 36, 1 ausspricht: In fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus nisi mora facta est aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere, l. 28 § 1 D. eod.

1) Oben Bd. 3 § 107.

2) Im wesentlichen übereinstimmend B.G.B. § 2108 Abs. 2.

3) Vgl. B.G.B. § 2142.

4) Dies vertheidigt Brinz Bd. 3 S. 442. Vgl. dagegen Windscheid Bd. 3 § 665 Anm. 1.

5) B.G.B. § 2139 bestimmt: Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an.

Die Forderungen und die Schulden des Fiduciars gegen den Erblasser erlöschen mit dem Erbschaftsantritte durch Konfusion.[6] Entsprechendes gilt für dingliche Rechte, z. B. für Servituten des Erben an Grundstücken des Erblassers.[7]

Im weiteren Verlauf besteht jedoch ein wichtiger Unterschied zwischen den Forderungen und den dinglichen Rechten. Die durch Konfusion untergegangenen Forderungen nämlich leben mit der Restitution der Erbschaft nicht von selbst wieder auf, da der Erbschaftsantritt durch die Restitution keineswegs zunichte gemacht wird, vielmehr die Basis des Verhältnisses bleibt. Allerdings hat in der Regel Neubegründung jener Forderungen bei der Restitution zu geschehen, sie findet jedoch keineswegs immer statt. Denn der Erblasser hat möglicherweise die Absicht, seine Schuld an den Fiduciar durch Zuwendung der Nutzungen des Nachlasses zu tilgen, so daß eine Wiederherstellung der Forderung unzulässig ist. Dingliche Rechte dagegen, welche durch die Konfusion untergingen, leben von selbst wieder auf, damit sie ihre frühere Priorität wieder erhalten.[8]

Ein gesetzliches Veräußerungsverbot untersagt dem Fiduciar die Veräußerung der Nachlaßobjekte.[9]

Das Verbotsgesetz spricht nicht von Nachlaßforderungen.

Auf sie das Verbot durch ausdehnende Interpretation zu beziehen, ist juristisch bedenklich und unzweckmäßig.[10] Ihretwegen ist daher der Universalfideikommissar nur durch die ihm zu bestellende Sicherheit gedeckt.

Veräußerung von Nachlaßobjekten ist dem Fiduciar theils geboten, theils gestattet:

a) Sie ist geboten, wenn sie durch eine sorgfältige Verwaltung gefordert wird. Insbesondere hat sie zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger zu geschehen.[11]

b) Der Erblasser kann sie ferner durch letztwillige Erklärungen verstatten oder auch zur Pflicht machen.

6) l. 61 pr. l. 82 D. h. t. 36, 1.

7) l. 75 § 1 D. h. t. 36, 1.

8) B.G.B. § 2143 besagt: Tritt die Nacherbfolge ein, so gelten die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen.

9) l. 3 § 2—4 C. comm. de leg. 6, 43. Anders Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 40.

10) Anders Windscheid Bd. 3 § 665 Anm. 8; vgl. aber Seuffert a. a. O. S. 71.

11) l. 23 § 3 D. h. t. 36, 1. Dem Fiduciar ist gestattet, Theile des Nachlasses zu einer Dotirung, wie auch zu einer propter nuptias donatio zu verwenden, worüber das Nähere l. 23 § 4 D. h. t. 36, 1, nov. 39 cap. 1, Seuffert a. a. O. S. 119.

c) Sie ist endlich zulässig, wenn der Universalfideikommissar in sie willigt.[12]

Nach B.G.B. § 2113 sind Verfügungen des Vorerben über Grundstücke und Grundstücksrechte, sowie unentgeltliche Verfügungen über Erbschaftsgegenstände im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Dasselbe gilt nach § 2115 B.G.B. von Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, es sei denn zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger. Gestattung des Erblassers — § 2136 — sowie Einwilligung des Nacherben — § 2120 — beseitigen die Beschränkungen des Vorerben.[13]

Der Fiduciar steht dem Universalfideikommissar nicht schlechthin für leichte Verschuldung ein, haftet vielmehr nach Art eines Miteigenthümers nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[14]

§ 121. Der Eintritt des Universalfideikommissars in die Erbenstellung.

Die Erbenstellung geht auf den Universalfideikommissar in der Regel durch Restitution seitens des Fiduciars über, unter Umständen ohne solche kraft Urtheils oder unmittelbar in Folge Gesetzes.[1]

1. Die Restitution geschieht durch Vertrag zwischen Fiduciar und Fideikommissar. Der Vertrag kann in Worte gefaßt — verbis — oder stillschweigend in der Uebergabe der Nachlaßobjekte — re — enthalten sein.[2]

Mit der Restitution verbindet sich in der Regel eine Auseinandersetzung der Betheiligten. Insbesondere kann der Fiduciar zugleich Herstellung seiner durch den Erbschaftsantritt untergegangenen Forderungen gegen den Erblasser verlangen,[3] nicht minder Ersatz nothwendiger Ver-

12) l. 11 C. de fideicommissis 6, 42, Seuffert a. a. O. S. 121.

13) Ueber die rechtliche Stellung des Vorerben vgl. ferner die §§ 2116—2119, 2121—2123, 2127—2129, 2134 B.G.B.

14) l. 23 § 3 D. h. t. 36, 1. Arndts § 583. Anders Windscheid Bd. 3 § 665 Anm. 7, Salkowski a. a. O. S. 243. Wie hier B.G.B. § 2131.

1) Brinz Bd. 3 S. 442 bezeichnet mit Unrecht die Restitution als eine „einseitige" Erklärung des Fiduciars an den Fideikommissar. Es bedarf auch des Willens des Universalfideikommissars, die Erbschaft zu übernehmen. Hat also die Restitution an einen Pupillen zu geschehen, so wird Autorität des Vormundes verlangt. l. 38 § 2 D. h. t. 36, 1, vgl. ferner l. 42 D. eod.

2) l. 38 pr. D. h. t. 36, 1.

3) l. 61 pr. D. h. t. 36, 1. Oben Bd. 3 § 120 Anm. 6—8.

wendungen[4] auf den Nachlaß, soweit sie sich nicht mit dem Fruchtertrage kompensiren; ferner Abnahme oder Deckung der für den Nachlaß persönlich von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten und Kautionen wegen künftig hervortretender Benachtheiligungen, wenn solche zu befürchten sind.

Da die Restitution ihre Kraft der letztwilligen Verfügung des Erblassers entnimmt, so wirkt sie nur nach deren Maßgabe, daher nicht vor der in dieser Verfügung bestimmten Zeit, und nicht in höherem Maße als diese anordnete.[5]

Von der rechtlichen ist die thatsächliche Restitution zu unterscheiden, d. h. die Uebergabe der Nachlaßsachen seitens des Fiduciars an den Fideikommissar.

2. Rechtskräftige Verurtheilung des Fiduciars, welcher die Restitution hintanhält, ersetzt dieselbe.[6]

3. Die Vorbedingung der Restitution ist der Erbschaftserwerb durch den Fiduciar.

In der Regel ist der Erbschaftsantritt Sache des freien Beliebens des Berufenen. Für den Fiduciar aber, dem die Restitution eines Universalfideikommisses aufgelegt ist, tritt nach dem S. C. Pegasianum Zwang ein, welcher vom Magistrate auf Antrag des Universalfideikommissars ausgeübt wird.[7] Die Römer sahen es also als Bürgerpflicht an, daß der Fiduciar das Vertrauen des Erblassers nicht täusche und die Erbschaft behufs der Restitution antrete, sofern er nur gegen materiellen Nachtheil gesichert war.

Dieses Zwangsrecht wurde außerordentlich weit ausgebildet.

a) Seine principielle Voraussetzung ist, daß die Erbschaft dem Fiduciar deferirt sei.

Man hat jedoch theilweise sogar die Delation zwangsweise herbeigeführt. Rein potestative Bedingungen, welche nicht Ehre und Interesse des Fiduciars verletzen, werden erzwungen,[8] einige Potestativbedingungen, z. B. die Annahme des Namens des Erblassers durch den Erben, erforderlichenfalls remittirt,[9] keineswegs aber alle Potestativbedingungen.[10]

4) Vgl. oben § 99 Anm. 13. Ueber den Ersatzanspruch des Vorerben wegen der Verwendungen nach B.G.B. vgl. §§ 2124—2126 das.

5) l. 10 D. h. t. 36, 1.

6) C.P.O. § 894.

7) Oben Bd. 3 § 65, l. 17 D. si quis omissa causa testamenti 29, 4, l. 4 D. h. t. 36, 1.

8) l. 7. l. 32 § 2, l. 65 § 7 D. h. t. 36, 1.

9) l. 65 § 10 D. h. t. 36, 1.

10) In der hierfür angeführten l. 65 § 7 D. h. t. 36, 1 ist mit Mommsen zu

Ist der Inhalt der Bedingung eine Handlung, die auch ein Dritter vornehmen kann, z. B. eine Geldzahlung, so darf sie der Universalfideikommissar statt des Fiduciars erfüllen.

b) Auch wenn der Fiduciar die Erbschaft ausgeschlagen hat, tritt der Zwang zum Antritt noch ein. Die Ausschlagung wird also ignorirt.

c) Der Universalfideikommissar hat das Recht auf das Zwangsverfahren regelrecht erst, wenn der dies cedens seines Fideikommisses eingetreten ist.

Auch dies wurde nicht schlechthin festgehalten. In gewissen Fällen kann nämlich der Universalfideikommissar, dessen Recht noch ein bedingtes ist, den Antritt erzwingen. Der Fiduciar wird dann, wenn die Bedingung des Universalfideikommisses und damit die Möglichkeit der Restitution an den Zwingenden ausfällt, durch in integrum restitutio der Erbschaft wieder entbunden.[11]

d) In Rom wurde über den Zwang extra ordinem beim Magistrate verhandelt. Derselbe nöthigte durch Strafandrohungen den Fiduciar effektiv zum Erbschaftsantritte.

Gemeinrechtlich bedarf es der Erhebung einer Klage.[12] Das verurtheilende Erkenntniß ersetzt Antritt und Restitution.[13]

e) Wer zum Erbschaftsantritte gezwungen ist, wird zwar Erbe, so daß die Destitution des Testamentes abgewendet ist. Doch ist er bloß Durchgangspunkt; die Rechte und Pflichten aus dem Antritte gehen vollständig auf den Universalfideikommissar über, welcher das Zwangsverfahren betrieben hat.[14]

4. In drei Fällen tritt Uebergang der Erbenstellung kraft Gesetzes ohne Restitution oder Urtheil ein:[15]

a) bei Abwesenheit des Fiduciars ohne Vertreter;

b) im Falle des Versterbens des Fiduciars vor dem Erblasser, oder des Versterbens nachher ohne Hinterlassung eines Erben;

---

lesen „sed et remitti eam iniquum visum est" statt „ab initio". Vgl. Vangerow Bd. 2 § 55 S. 549.

11) l. 11 § 2, l. 12, l. 13 pr., l. 32 pr. D. h. t. 36, 1.

12) Von Wichtigkeit für das Zwangsverfahren ist, daß der Fiduciar auch antreten muß, wenn er die Geltung des Testamentes in Zweifel zieht, sowie wenn er die Rechtsbeständigkeit des Fideikommisses leugnet und die Erörterung eine weitaussehende werden müßte. l. 13 §§ 2 und 3 D. h. t. 36, 1. Das Verfahren erhält hierdurch einen summarischen Charakter. Ergiebt sich später, daß der angebliche Fideikommissar kein Recht hatte, so ist der Fiduciar gegen den Antritt zu restituiren.

13) C.P.O. § 894.

14) Unten § 122.

15) l. 7 C. h. t. 6, 49, vgl. l. 13 § 4, l. 14 D. de test. mil. 29, 1.

c) endlich falls einem Universalfideikommissar die Herausgabe des Nachlasses aufgelegt ist.

In den beiden ersten Fällen wird der Universalfideikommissar behandelt, wie wenn er zugleich Vulgarsubstitut wäre.

Nach BGB. § 2102 ist dies zur Regel geworden. Die Einsetzung als Nacherbe enthält im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe.

§ 122. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution.

Mit der freiwilligen oder kraft Urtheils oder Gesetzes vollzogenen Restitution an den Universalfideikommissar ändert sich die Rechtslage vollständig.

1. Der Universalfideikommissar ist nunmehr der mittelbare Universalsuccessor des Erblassers[1] nach dem Maße der Restitution.

Er erlangt also das Eigenthum der Nachlaßsachen, selbst wenn ihm deren Besitz noch nicht übertragen ist,[2] er wird Gläubiger der Erbschaftsforderungen, Schuldner der Erbschaftsschulden. Ihm steht die hereditatis petitio fideicommissaria zu,[3] und er hat die actio familiae erciscundae sowohl gegen den Fiduciar, welchem ein Teil des Nachlasses verblieb,[4] wie gegen die Miterben desselben.

Dem Universalfideikommissar gebührt der Nachlaß in dem Stande, den er zur Zeit der Restitution hat; daher gebührt ihm auch, was erst der Fiduciar für den Nachlaß erwarb.[5]

2. Der Fiduciar hat, soweit er restituirte, materiell die Erbenstellung fortan nicht mehr.

Doch behält er die Erbbegräbnisse.[6]

Was Prälegate anlangt, so ist derjenige Theil, welchen der Fiduciar, weil er von ihm ungültig vermacht ist, nur als Erbe besitzt,

---

1) l. 39 D. h. t. 36, 1. Paulus libro 20 ad edictum: non enim solutio est hereditatis restitutio, sed et successio, cum obligetur.

2) l. 65 pr. D. h. t. 36, 1. Gajus libro 2 fideicommissorum: Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.

3) l. 1 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 28 § 7 D. eod. Ueber die Formel der Klagen vgl. Lenel, edictum S. 143.

4) l. 40 D. familiae erciscundae 10, 2.

5) l. 75 D. h. t. 36, 1, l. 22 D. de pecunia constituta 13, 5. Vgl. B.G.B. §§ 2111, 2130, 2132.

6) l. 43 § 1 D. h. t. 36, 1.

von den übrigen Theilen zu unterscheiden, die ihm von seinen Miterben zukommen. Der erstere geht als Bestandtheil der Erbschaft mit deren Restitution auf den Universalfideikommissar über, die letzteren Theile des Prälegates verbleiben dem Fiduciar als Vermächtnisse.[7] Ist es richtig, daß derzeit Vorvermächtnisse stets als ein Voraus zu betrachten sind, so sind sie dem Fiduciar ganz zu belassen.[8] Dies gilt nach B.G.B. § 2110 Abs. 2. Danach erstreckt sich das Recht des Nacherben im Zweifel nicht auf ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtniß.

Sehr bestritten ist, ob dann, wenn einem Theilerben Restitution auferlegt ist, das Universalfideikommiß auch vakant werdende, dem Fiduciar anwachsende Portionen umfaßt?[9] Es ist dies zunächst Frage der Auslegung, welche nach den erkennbaren Intentionen des Erblassers zu beantworten ist. Im Zweifel ist sie zu verneinen. Denn in dubio pro reo! Doch steht B.G.B. § 2110 Abs. 1 auf dem entgegengesetzten Standpunkte.[10]

Ausgedehnter sind die Rechte des Universalfideikommissars, wenn sich der Fiduciar zum Antritte der Erbschaft zwingen ließ. Dann gehen alle Vortheile der Erbschaft auf den Universalfideikommissar über. Daher kommt ihm gegenüber das Recht des Erben auf Abzug der Quart nicht zur Anwendung und er erlangt dessen Recht auf die Quart gegenüber Singularvermächtnissen.[11] Ferner erlangt er, auch wenn ihm nur das Universalfideikommiß eines Theiles der Erbschaft letztwillig zugewendet war, alles, was der Fiduciar außerdem ererbt hat, sei es von vornherein, sei es durch Anwachsung.[12] [13]

---

7) Siehe oben § 115 Anm. 9. Pampaloni in den studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini S. 453 ff.

8) Vgl. oben § 116 Anm. 4, 5.

9) Die Quellen sprechen sich über die Frage nicht aus. Doch kann aus l. 44 D. h. t. 36, 1 ein argumentum a contrario entnommen werden. Für die Pflicht der Restitution der anwachsenden Portion ist Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 6 n. 10, Vangerow Bd. 2 § 494 S. 314. — Brinz Bd. 3 S. 171 vertheidigt sogar die Ansicht, daß die akkrescirende Portion dem Universalfideikommissar unmittelbar zukomme! Das ist verfehlt. Denn auf den Universalfideikommissar können die Erbportionen in der Regel nur durch Restitution übergehen. Die Frage ist also nur, welchen Umfang hat die Restitutionspflicht. Die hier vertretene Meinung theilt u. A. Arndts § 583 bei p.

10) Vgl. B.G.B. § 2110 Abs. 1: Das Recht des Nacherben erstreckt sich im Zweifel auf einen Erbtheil, der dem Vorerben in Folge des Wegfalls eines Miterben anfällt.

11) l. 15 § 4, l. 4, l. 29 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 65 § 11 D. eod.

12) l. 17 § 9 D. h. t. 36, 1.

13) Gewisse Vortheile bleiben dem Fiduciar auch im Falle des erzwungenen Antrittes, namentlich behält er, was ihm nicht aus der Erbschaft zukam, wie das condicionis implendae causa datum l. 44 §§ 4 und 5 D. de cond. 35, 1, was

Andererseits werden dem gezwungenen Fiduciar alle Nachtheile des Antrittes abgenommen.[14]

3. Der Fiduciar hat das Recht auf die quarta Trebelliana.

Im Allgemeinen sind für sie die Grundsätze der Falcidia maßgebend.[15] [16] Dies namentlich auch bezüglich der Gegenstände der Einrechnung. In der Regel hat sich der Fiduciar also nur einzurechnen, was er als Erbe empfing, wohin unter anderem auch der ihm gemäß des Willens des Erblassers aus dem Nachlasse zukommende Fruchtertrag gehört,[17] ferner, was er bei der Restitution des Nachlasses an Erbschaftssachen zurückhalten darf.[18] Auch was ihm der Fideikommissar für die Erbschaft nach der Anordnung des Erblassers zu zahlen hatte, muß er einrechnen.[19] [20]

Der Fiduciar zieht sich die Quart durch Zurückhaltung einer entsprechenden Erbschaftsquote ab. Er bleibt insoweit also materiell Erbe.[21]

B.G.B. hat die quarta Trebelliana beseitigt.

4. Der Erblasser ordnet nicht selten außer dem Universalfideikommiß Vermächtnisse an.

---

er nicht „judicio testantis" empfing. l. 28 § 1 D. h. t. 36, 1. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 558 S. 551.

14) l. 28 § 15 D. h. t. 36, 1. Julianus libro 40 digestorum: nam sicut explendae fidei gratia cogendus est adire hereditatem, ita ob id ipsum damno affici non debebit. Daher hat der Fiduciar im Zwangsverfahren dilatorische Einreden, wodurch er Beseitigung jeder Beschädigung erzwingt. Brinz Bd. 3 S. 447.

15) Dernburg im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 S. 307; Vangerow Bd. 2 § 536 S. 479.

16) Dies ergiebt mit Sicherheit die historische Entwickelung. Es handelte sich nur um eine Ausdehnung der Falcidia. Gajus, Inst. II § 254: Pegaso et Pusione consulibus Senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur.

17) l. 23 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 60 § 5 D. eod., l. 18 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 536 S. 490.

18) § 9 I. h. t. 2, 23, l. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

19) l. 60 § 3 D. h. t. 36, 1, l. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

20) Viel bestritten ist, ob auch das vom Universalfideikommissar dem Fiduciar „implendae condicionis causa" Geleistete in die Quart zu rechnen ist. Hierfür spricht sich, wie es scheint, aus Marcianus libro 13 institutionum l. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2: „sed et quod implendae condicionis causa fideicommissum heredi datur in eadem causa esse admittendum sciendum est", wonach das solchergestalt Zugewendete ebenso zu behandeln wäre, wie wenn der Fiduciar „accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit". Darin liegt ein unausgleichbarer Widerspruch gegen die Ausführung von Maecianus in der l. 30 § 7 D. eod. Doch die Fassung ist eine ungeschickte. Der Zusatz ist erst von zweiter Hand — Flor. 2 — in der Florentina beigeschrieben. Den Basiliken ist er fremd. So hat ihn Mommsen geradezu im Texte ausgelassen und als unechtes Glossem in die Anmerkung verbannt.

21) Dies hat Justinian bestimmt, § 7 I. h. t. 2, 23

Sie fallen dem Universalfideikommissar ganz zur Last, wenn ihm die ganze Erbschaft restituirt wird, und zum Theil, wenn sie ihm zum Theil restituirt wird.[22]

Dem Fiduciar aber muß, sofern er freiwillig antrat, seine Quart wie von dem Universalfideikommiß so auch von Spezialvermächtnissen frei bleiben.[23]

§ 123. Das Fideikommiß auf den Ueberrest.[1]

1. Häufig wird dem Fiduciar nur auferlegt, den Nachlaß herauszugeben, soweit er sich zur Zeit seiner Restitutionspflicht noch bei ihm vorfindet — fideicommissum ejus quod superfuturum erit.[1] [2]

Damit giebt der Erblasser dem Fiduciar das Recht zu freier Verfügung.

Trotzdem macht ihn Untreue haftbar, d. h. was er zur Vereitelung des Rechtes des Fideikommissars dolos thut oder unterläßt.[3] [4]

2. Justinian aber erklärte aus vermeinter Billigkeit bei solchen Fideikommissen zudem den vierten Theil des Nachlasses als dem Fideikommissar verfangen, so daß der Fiduciar dieses letzte Viertel nur in gewissen, gesetzlich bestimmten Nothfällen antasten kann.[5] Wegen dieses

---

22) l. 2 C. h. t. 6, 49, l. 1 § 19, l. 15 § 1 D. ut legat. causa cav. 36, 3.

23) Das Nähere siehe bei Vangerow Bd. 2 § 559 S. 552.

1) v. Hammerstein-Gesmold. Das Fideikommiß auf den Ueberrest, Gött. Diss. 1897.

2) Besonders oft kommt es vor, daß der vorversterbende Ehegatte den überlebenden zum Erben einsetzt und ihm auflegt, den gemeinsamen Kindern zu restituiren, was beim Tode des Letztlebenden oder auch zur Zeit der Großjährigkeit eines oder aller Kinder noch übrig ist.

3) l. 56, l. 60 § 8 D. h. t. 36, 1. Schenkungen unter Lebenden sind dem Fiduciar verstattet, soweit sie sich durch die konkrete Sachlage rechtfertigen. Schenkungen, die nicht durch die objektive Sachlage, sondern bloß durch Affektionen oder Laune begründet sind, hat man zu dem zu zählen, was „intervertendi fideicommissi gratia factum est". Der Fiduciar muß, wenn er Kapital aufbraucht, das Verbrauchte nach Billigkeit auf sein etwaiges eigenes Vermögen und die Erbschaft vertheilen. l. 56 D. h. t. 36, 1.

4) In der Regel hat der Fiduciar auch bei dem Fideikommiß auf den Ueberrest nicht herauszugeben, was er von den Einkünften des Fideikommisses erspart hat. l. 60 § 7 D. h. t. 36, 1. Natürlich kann der Erblasser aber verordnen, daß auch das von den Nutzungen Ersparte herauszugeben sei. Eine solche Auflage nahmen die Römer an, wenn der Fideikommissar restituiren sollte, „quidquid ex bonis supererit", l. 3 §§ 2 und 3 D. de usuris 22, 1.

5) nov. 108 cap. 1 und cap. 2. Der Fiduciar darf das letzte Viertel angreifen, sofern er kein anderes Vermögen hat, zu Gunsten einer dos oder propter nuptias donatio, sowie zum Loskauf von Gefangenen. Selbst gegen dritte Erwerber, an welche der Fiduciar das letzte Viertel veräußert, hat der Fideikommissar Klage, jedoch nur wenn der Fiduciar selbst, beziehungsweise sein Erbe außer Stande ist, das dem Fideikommissar gebührende Viertel zu erstatten. Vgl. auch Bolze, Praxis d. R.G. Bd. 2 S. 325.

Viertels hat der Fideikommissar auch Recht auf Kaution, sofern sie der Erblasser nicht erließ, was nicht gerade ausdrücklich geschehen muß.[6]

3. Herauszugeben ist nicht bloß, was der Erblasser ursprünglich hinterließ, sondern auch, was der Fiduciar für Nachlaßobjekte erwarb, soweit es noch bei ihm existirt.[7]

Nach B.G.B. § 2138 beschränkt sich die Herausgabepflicht des Vorerben auf die bei ihm noch vorhandenen Gegenstände. Unentgeltliche und dolose Verfügungen über Erbschaftsgegenstände machen ihn aber dem Nacherben gegenüber schadensersatzpflichtig.

Achtes Kapitel.

Die Testamentsexekutoren.

§ 124. Geschichte und Wesen der Testamentsexekution.[1]

Das Institut der Testamentsexekution war dem römischen Rechte fremd.[2] Denn nach diesem Rechte ist es der Erbe, vor allem der Testamentserbe, welcher den letzten Willen des Erblassers zu vollstrecken und den Nachlaß zu ordnen hat. Ihren Ursprung hat die Testamentsexekution in deutscher Sitte, welche im kanonischen Rechte Anerkennung fand.

Die geschichtlichen Ausgangspunkte des Institutes sind für dessen Würdigung entscheidend. Nur von ihnen aus ist es möglich, in den zahlreichen Streitfragen, welche Theorie und Praxis bewegen, eine feste Stellung zu gewinnen.

1. Die Kardinalfrage ist: Wen vertritt der Testamentsexekutor? Die Einen behaupten, der Testamentsvollstrecker habe zwar seinen Auftrag vom Erblasser, aber er besorge die ihm angewiesenen Geschäfte im Namen und als Stellvertreter des Erben.[3] Eine andere Ansicht

6) nov. 108 cap. 2.

7) l. 70 § 3, l. 71, l. 72 D. de leg. II. R.G. Bd. 7 S. 207.

1) Die Litteratur über Testamentsexekution siehe bei Stobbe, d. P.R. Bd. 5 § 308.

2) Schon in Rom kam es allerdings vor, daß der Erblasser letztwillig die Besorgung einzelner Angelegenheiten Vertrauenspersonen auftrug, l. 88 § 1 D. de leg. II. Der Gedanke einer umfassenderen Testamentsexekution findet sich in l. 80 § 1 D. ad S. C. Trebell. 36. 1. Auch wurde in der christlichen Kaiserzeit die Vollstreckung von frommen Anordnungen häufig testamentarischen Vertrauenspersonen, erforderlichenfalls den Bischöfen überwiesen, l. 28 C. de episcopis 1, 3. Es sind dies vereinzelte Erscheinungen, an die sich eine allgemeine Theorie nicht knüpfte.

3) Vgl. die bei Stobbe S. 275 Anm. 44 Citirten.

geht dahin, daß er als der Vertreter des Willens des Verstorbenen die Nachlaßgeschäfte besorge und für den Nachlaß, nicht für den Erben persönlich handle.[4]

Die letztere Auffassung allein entspricht der geschichtlichen Entwickelung. Die Testamentsexekutoren kamen nämlich mit der Reception des römischen Testamentsrechts in Deutschland auf, vorzugsweise um den letzten Willen des Erblassers gegen die gesetzlichen Erben zu wahren, welche in letztwilligen Verfügungen einen Eingriff in ihre bisher unentziehbaren Rechte sahen und oft wenig geneigt waren, denselben Folge zu geben. Das Institut entsprang also nicht aus dem Gedanken einer Vertretung des Erben, sondern des Erblassers oder handgreiflicher: des Nachlasses. Nichts berechtigt zu der Annahme, daß es im Laufe der Zeit eine grundsätzlich verschiedene Gestalt annahm.

2. Auch die Frage ist eine bestrittene, ob der Testamentsexekutor im Zweifel nur dazu legitimirt ist, die letztwilligen Anordnungen des Erblassers zu vollstrecken, oder ob ihm in der Regel auch die Liquidation des Nachlasses obliegt, insbesondere die Befriedigung der Nachlaßgläubiger.

Die Bezeichnung als „Testamentsexekutor" führt leicht zur Meinung, daß dem Exekutor grundsätzlich nur die Vollstreckung des letzten Willens gebühre, so daß ihm die Liquidation des Nachlasses nur zustände, wenn sie ihm besonders aufgetragen wäre.

Aber die Geschichte beweist das Gegentheil. Aus ihr ergiebt sich, daß die Testamentsexekutoren von Anfang an die Besorgung der gesammten Nachlaßgeschäfte hatten, sich zu diesem Zwecke in den Besitz des Nachlasses setzen durften, und insbesondere die Erbschaftsforderungen einzukassiren und die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen hatten.[5]

Auf den Namen Testamentsexekutor ist also kein Gewicht zu legen. Er bezeichnet nur eine Hauptfunktion des Vollstreckers.

Es ist hiernach auch für das gemeine Recht daran festzuhalten, daß den Testamentsexekutoren die Ordnung aller Nachlaßgeschäfte zusteht, wenn der Testator seine Vollmacht nicht besonders einschränkte.

3. B.G.B. § 2205 Satz 1 und 2 bestimmen: Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlaß zu verwalten. Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände zu

4) Hauptvertreter der hierhin gehenden Auffassung ist Beseler, Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9 S. 144.

5) Vgl. die bei Stobbe a. a. O. S. 262 mitgetheilten Urkunden, aus denen der weite Umfang der Befugnisse der Testamentsexekutoren im Mittelalter und später erhellt.

verfügen. § 2206 Satz 1 besagt: Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist.

§ 125. Die Rechtssätze der Testamentsexekution im Einzelnen.

Testamentsexekution ist, wie sich ergab, letztwillig aufgetragene Vollstreckung des letzten Willens des Erblassers und Ordnung seines Nachlasses.

1. Die Anordnung der Testamentsexekution muß in den Formen letztwilliger Verfügungen geschehen, da sie zu denselben gehört.

Nach B.G.B. § 2197 ist der Testamentsvollstrecker im Testament zu ernennen.[1]

Die Uebernahme ist Sache des Beliebens des Ernannten. Ein obrigkeitlicher Zwang zur Uebernahme oder Fortsetzung der Testamentsexekution besteht nicht; denn die Testamentsexekution ist keine Vormundschaft. Unzeitige Kündigung kann den Exekutor dem hierdurch Beschädigten haftbar machen.[2]

2. Der Umfang der Vollmacht des Testamentsexekutors bestimmt sich in erster Reihe nach dem besonderen Willen des Testators.

Sie kann in einer allgemeinen Ermächtigung bestehen, aber auch bloß einzelne Geschäfte betreffen.

In der Regel ist der Testamentsexekutor:

a) Wahrer und Hüter des Testamentes.

Daher hat er für die gerichtliche Publikation des Testaments bemüht zu sein, wenn er vor derselben sein Amt angetreten hat. Ferner liegt ihm ob, das Testament prozessualisch zu vertheidigen, namentlich gegen Angriffe der Intestaterben.[3] Seinerseits angreifen darf er das Testament nicht; damit zöge er sich den Boden unter den Füßen weg.[4]

Insbesondere hat er für Ausführung des Testaments Sorge zu tragen durch Auszahlung der Vermächtnisse und durch Vollziehung der sonstigen Anordnungen des Erblassers.

Bei dem allen ist er keineswegs an die Anweisungen des Erben oder anderer Honorirter gebunden. Er hat den Willen des Erblassers selbst gegen deren einstimmigen Widerspruch zu schützen.[5]

1) Vgl. auch B.G.B. §§ 2198—2200.

2) Vgl. auch B.G.B. § 2226 in Verbindung mit § 671 Abs. 2.

3) R.G. Bd. 9 S. 208, aber anders Bd. 32 S. 152. Wie hier indessen Eck in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 315 ff.

4) R.G. Bd. 16 S. 140.

Früher schrieb man dem Testamentsexekutor auch die Befugniß authentischer Auslegung des Testamentes zu. Mit Recht spricht man ihm aber derzeit diese Befugniß für die Regel ab. Denn durch sie würde er mehr Herr des Testamentes als dessen Vertheidiger.[6] Auch nach B.G.B. steht dem Testamentsvollstrecker dieses Recht nicht zu.

b) Der Testamentsexekutor ist Liquidator des Nachlasses.

Daher kann er dessen Aushändigung verlangen, soweit sie zum Zwecke der Nachlaßregulirung erforderlich ist.

Um die Masse zusammenzubringen, kann er ferner Nachlaßobjekte vindiciren und Nachlaßforderungen einklagen. Andererseits können Erbschaftsgläubiger und Legatare gegen ihn klagen.[7]

3. Die Geschäfte, welche der Testamentsexekutor in Vollziehung seines Auftrages abschließt, verbinden den Nachlaß. Der Erbe haftet daher für sie nicht persönlich mit seinem eigenen Vermögen, wenn er unter der Rechtswohlthat des Inventars antrat.

4. Die Gefahr liegt nahe, daß der Testamentsexekutor seine Stellung mißbraucht, insbesondere, statt die Erbschaftsgeschäfte schleunig abzuwickeln, die Sache hinzögert. Gegen diese Gefahren bedarf es des Schutzes.

Der Testamentsexekutor hat daher vor allem, wenn er in den Besitz des Nachlasses kommt, ein Inventar zu errichten.[8]

Er haftet für jede Verschuldung.

Der Erbe kann ihn deswegen zur Rechenschaft ziehen; nicht minder können dies andere benachtheiligte Erbinteressenten.[9]

Der Erbe kann endlich darauf klagen, daß die Vollmacht des Vollstreckers für erloschen erklärt wird, wenn dieser pflichtwidrig verwaltet oder wenn Ereignisse eingetreten sind, welche den Erblasser als guten Wirth veranlaßt hätten, dem Testamentsexekutor die Vollmacht zu entziehen.[10]

---

5) Vgl. B.G.B. § 2216 Abs. 2: Anordnungen, die der Erblasser für die Verwaltung durch letztwillige Verfügung getroffen hat, sind von dem Testamentsvollstrecker zu befolgen. Sie können jedoch auf Antrag des Testamentsvollstreckers oder eines anderen Betheiligten von dem Nachlaßgericht außer Kraft gesetzt werden, wenn ihre Befolgung den Nachlaß erheblich gefährden würde. Das Gericht soll vor der Entscheidung soweit thunlich die Betheiligten hören.

6) Selbst wo dem Testamentsexekutor ausdrücklich vom Testament das Recht authentischer Interpretation der Bestimmungen des Testaments beigelegt ist, zeigt sich wenig Geneigtheit der Gerichte, dem Folge zu geben, R.G. Bd. 14 S. 194.

7) Vgl. B.G.B. §§ 2212, 2213.

8) B.G.B. § 2215.

9) Vgl. B.G.B. § 2219.

10) B.G.B. § 2227 bestimmt: Das Nachlaßgericht kann den Testamentsvollstrecker auf Antrag eines der Betheiligten entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungs-

Dritter Abschnitt.

Die Erbverträge.[1]

§ 126. Einleitung. Die Erbverträge im engeren Sinne.

Erbverträge waren den Römern fremd.[2] Sie erhielten aber Anerkennung in Deutschland seit der Reception des römischen Rechtes durch Praxis und Gewohnheitsrecht.[3] Ihre Ausbildung geschah vorzugsweise durch die romanistische Wissenschaft.

Die Erbverträge haben im gemeinen Rechte erhebliche Bedeutung und wirken auf dessen System ein. Eine kurze Darstellung derselben ist daher hier geboten.[4]

B.G.B. hat den Erbvertrag ausführlich geregelt.

Man unterscheidet Erbverträge im engeren Sinne oder affirmative, durch welche der Erblasser seinem Mitkontrahenten — dem Vertragserben — ein Erbrecht zuwendet, und Erbverzichte oder negative Erbverträge, durch welche der eventuelle Erbe auf sein künftiges Erbrecht vertragsmäßig verzichtet.

Erbverträge im engeren Sinne sind:

a) vor allem Erbeinsetzungsverträge, welche dem Vertragserben die Universalsuccession in den Gesammtnachlaß des Vertragserblassers oder in eine Quote desselben zusichern.

Sie sind besonders unter Ehegatten häufig.

Nicht selten sind sie gegenseitige, so daß der Ueberlebende der Vertragserbe des Vorversterbenden wird.

b) Vermächtnißverträge — partikulare Erbverträge — geben einen bloßen Vermächtnißanspruch.[5] Solche Vermächtnißverträge sind den Schenkungen von Todeswegen verwandt. Sie sind aber nicht mit ihnen zu identificiren. Sie bedürfen daher der Formen der Schenkungen von Todeswegen nicht und sind schlechthin unwiderruflich.

---

mäßigen Geschäftsführung. Der Testamentsvollstrecker soll vor der Entlassung wenn thunlich gehört werden.

1) Beseler, Erbverträge, 2 Theile in drei Bänden, 1825 ff.; Gustav Hartmann, z. L. v. d. Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten 1860.

2) l. 5 C. de pactis conv. tam super dote 5, 14, l. 15 C. de pactis 2, 3, l. 61 D. de V. O. 45, 1, l. 4 C. de inutilibus stipulationibus 8, 38.

3) Manche nahmen jedoch nur eine partikularrechtliche Geltung der Erbverträge an, vgl. Stobbe, P.R. Bd. 5 S. 277.

4) Eingehend ist die Lehre in den oben Anm. 1 citirten Büchern behandelt. Die verschiedenen Ansichten stellt namentlich auch Stobbe a. a. O. S. 277 ff. zusammen.

5) Schiffner, d. Vermächtnißvertrag nach östreich. Recht 1891. Ueber ihre gemeinrechtliche Geltung vgl. R.G. Bd. 21 S. 188. Auch nach B.G.B. sind sie zulässig.

Bezüglich der Erbeinsetzungsverträge gelten folgende Grundsätze, welche auf die Vermächtnißverträge so weit anzuwenden sind, als deren besondere Natur dies zuläßt:

1. Lange war streitig, welcher Art das Recht des Vertragserben während des Lebens des Erblassers und bis zum Antritte der Erbschaft ist?[6]

Das Richtige ist, daß der Erbeinsetzungsvertrag nur eine Berufung in den Nachlaß des Mitkontrahenten begründet.[7] Seine Rechtswirkungen sind daher im Wesentlichen denen eines Testamentes analog und nur dadurch von diesen verschieden, daß der Erblasser die Berufung des Vertragserben nicht vertragswidrig zurücknehmen darf.[8] Der Vertragserbe muß hiernach den Erblasser überleben, damit sich seine Berufung verwirklicht. Ob er die Erbschaft annehmen oder zurückweisen will, nachdem die Berufung eingetreten ist, unterliegt seinem freien Willen.

Der Erblasser behält über sein Vermögen die uneingeschränkte Verfügung unter Lebenden, trotz des Erbvertrages. Selbst Schenkungen sind ihm nicht schlechthin verboten. Geschehen sie jedoch zur Vereitelung des Rechtes des Vertragserben, so sind sie wegen des Dolus des Schenkers anfechtbar.[9] Durch letztwillige Verfügung kann der Erblasser das Recht des Vertragserben nicht vereiteln noch schmälern.[10]

Rechte der Notherben können dagegen auch gegenüber Erbverträgen geltend gemacht werden.

2. Es ist geistreich, den Erbvertrag ein vertragsmäßig unwiderrufliches Testament zu nennen.[11] Aber nicht haltbar ist es, hierauf die Theorie des Erbvertrages der Art zu gründen, daß man das eine Geschäft in zwei spaltet, von denen das eine, das Testament, den Grundsätzen des Testamentsrechtes unterliegen soll, und das andere, der vertragsmäßige Widerrufsverzicht, denjenigen des Vertrages.[12]

---

6) Eine ältere Auffassung gab dem Vertragserben ein unmittelbar mit dem Vertragsschluß eintretendes Recht an dem Vermögen des Vertragserblassers, vgl. Beseler a. a. O. Bd. 2 S. 247.

7) R.G. Bd. 4 S. 172.

8) Vgl. auch B.G.B. §§ 2293 ff.

9) Uebereinstimmend B.G.B. §§ 2286, 2287.

10) Derartige letztwillige Verfügungen sind keineswegs nichtig. Sie können nur das Recht des Vertragserben nicht vereiteln. Erlebt dieser die Berufung nicht, oder verzichtet er auf die Erbschaft, so sind sie wirksam. R.G. Bd. 4 S. 175 und dort Citirte. Vgl. B.G.B. § 2289.

11) Unger, System Bd. 6 § 26.

12) Dies ist der Hauptgedanke der anregenden Schrift von Hartmann, siehe oben Anm. 1.

Der Erbvertrag ist vielmehr ein einheitliches Geschäft und unterliegt dem Vertragsrechte.

3. Die Praxis des gemeinen Rechts hat sich in Folge dessen nicht gescheut, den Satz der Formlosigkeit der Verträge auf die Erbverträge zu beziehen.[13]

Jedoch war das Befremdliche dieser Anwendung nicht zu verkennen. Während die widerruflichen Testamente an Formen gebunden waren, machte man die unwiderruflichen Erbverträge mit dem gleichen Inhalte zu formlosen Geschäften.[14]

B.G.B. § 2276 Satz 1 bestimmt denn auch: Ein Erbvertrag kann nur vor einem Richter oder vor einem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile geschlossen werden.[15]

4. Für die Fähigkeit zum Abschlusse der Erbverträge sind die allgemeinen Erfordernisse der Verträge nothwendig maßgebend.

Der vertragschließende Erblasser muß daher fähig sein, Rechte aufzugeben, namentlich großjährig sein.[16] Ein von einem Minderjährigen errichteter Erbvertrag ist ganz ungültig; er kann keineswegs als Testament aufrecht erhalten werden, obgleich der Minderjährige ein solches errichten könnte.

Dagegen muß der Vertragserblasser nicht nothwendig testirfähig sein.[17] Gemeinrechtlich konnte also ein großjähriger Haussohn gültig einen Erbvertrag schließen.

4. Abschluß eines Erbvertrages durch Bevollmächtigte ist trotz der Vertragsnatur des Geschäftes unzulässig.[18]

Der Vertragserbe mußte ferner Kapacität besitzen. Durch Indignität verwirkt auch der Vertragserbe sein Recht.[19]

In diesen Beziehungen macht sich der besondere Inhalt des Vertrages mit zwingender Kraft geltend.

5. Bedingungen sind nach den Grundsätzen der Verträge und nicht nach denen der Testamente zu behandeln. Denn Erbverträge verdienen die besondere Begünstigung nicht, welche die Behandlung testamentarischer Bedingungen so wesentlich beeinflußt.[20]

---

13) R.G. Bd. 8 S. 134.

14) Anderer Ansicht ist daher z. B. Stobbe a. a. O. S. 286, vgl. dort Citirte.

15) Vgl. auch den Rest des § und § 2277.

16) R.G. Bd. 35 S. 126. Uebereinstimmend B.G.B. § 2275 Abs. 1, vgl. aber auch Abs. 2.

17) Häufig lehrt man das Gegentheil, siehe Stobbe a. a. O. S. 284.

18) Vgl. auch B.G.B. § 2274.

19) Andere helfen in anderer Weise, siehe Stobbe a. a. O. S. 295. Nach B.G.B. gilt das im Text Gesagte.

§ 127. Erbverzichte, Verträge über den Nachlaß eines Lebenden.

1. Erbverzichte, durch welche der eventuelle Erbe dem Erblasser gegenüber auf sein dereinstiges Erbrecht verzichtete, waren in Rom nichtig.[1] Nach kanonischem Rechte wurden sie aber bei eidlicher Bestärkung bindend[2] und nach neuerem gemeinen Rechte sind sie ohne Weiteres gültig.[3]

Erbverzichte bedürfen so wenig einer besonderen Form, wie die positiven Erbverträge.[4]

Der Verzichtende wird nicht zur Erbschaft berufen; sein Erbrecht ist ausgetilgt.[5]

Der Erbverzicht kann absolut gemeint sein und wirkt dann schlechthin. Oft ist er aber nur zu Gunsten gewisser Personen bestimmt, z. B. der Geschwister des Verzichtenden. Dann gilt er nur für den Fall, daß diese Personen in der That erben.[6]

Streitfrage des gemeinen Rechts ist, ob der Verzicht eines Descendenten des Erblassers auf sein Intestaterbrecht gegen Vergütung eine Abfindung des Kindesstammes in sich schließt, so daß dann, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser wegfällt, die von ihm abstammenden Descendenten durch den Verzicht ausgeschlossen sind.[7] Dahin neigt die deutschrechtliche Auffassung. Aber die herrschende gemeinrechtliche Lehre verwirft sie, weil jene entfernteren Descendenten ihre Ascendenten aus eigenem Rechte ab intestato beerben und nicht aus dem Rechte ihres weggefallenen Parens, dessen Verzicht ihnen entgegengestellt wird. Hat jedoch ihr Parens für sich und seine Descendenten verzichtet, und sind sie dessen Erben geworden, so bindet sie ein solcher Verzicht, weil sie als dessen Erben seine rechtlichen Erklärungen anerkennen müssen.

B.G.B. § 2349 dagegen besagt: Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein Anderes bestimmt wird.

---

20) Auch dies ist sehr bestritten, siehe Stobbe a. a. O. S. 289.

1) l. 16 D. de suis et legitimis 38, 16, l. 3 C. de collation. 6, 20.

2) cap. 2 in 6to de pactis 1, 18.

3) Ueber die Entwickelung des gemeinen Rechtes vgl. Stobbe a. a. O. S. 307.

4) Vgl. aber B.G.B. § 2348: Der Erbverzichtvertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

5) Vgl. B.G.B. § 2346 Abs. 1.

6) Vgl. B.G.B. § 2350.

7) Die Litteratur siehe bei Stobbe a. a. O. S. 313.

2. Verträge, durch welche der künftige Erbe die Erbschaft seines Erblassers bei dessen Lebzeiten ohne dessen Zustimmung veräußert, sind nach römischem Rechte nichtig. Zudem gilt der Veräußernde als unwürdig, so daß ihm die Erbschaft, falls sie ihm künftig deferirt wird, entrissen wird.[8]

Dieses Verbot betrifft jedoch nicht Verträge, durch welche im Allgemeinen über möglicherweise anfallende Erbschaften verfügt wird, insbesondere nicht Societätsverträge des Inhaltes, daß künftige Erbschaften in die Gemeinschaft fallen sollen.[9]

Geltung und Umfang des Verbotes im gemeinen Recht war bestritten.[10]

B.G.B. § 312 erklärt Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten grundsätzlich für nichtig. Eine Ausnahme machen Verträge, die unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbtheil oder den Pflichttheil eines von ihnen geschlossen werden. Solche Verträge bedürfen indessen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Vierter Abschnitt.

Die Intestaterbfolge.[1]

§ 128. Die Berufung zur Intestaterbfolge im Allgemeinen.

1. Die Berufung zur Intestaterbfolge verlangt, daß objektiv gewiß ist, daß kein Testamentserbe oder Vertragserbe succedirt. Sie erfolgt also noch nicht, solange die Frage schwebt, ob ein Testamentserbe, z. B. ein bedingt Eingesetzter, in Folge Eintrittes der Bedingung berufen wird, und natürlich auch nicht, wenn ein Testamentserbe bereits berufen ist, sich aber über den Antritt noch nicht erklärt hat.

2. Berufen wird, wer im Augenblicke der Berufung der nächste Intestaterbe ist.[2] Der Augenblick des Todes des Erblassers

---

8) l. 29 § 2, l. 30 D. de donationibus 39, 5, l. 2 § 3 D. de his quae ut indignis 34, 9, l. 30 C. de pactis 2, 3. Zustimmung des Kurators eines wahnsinnigen Erblassers hält nicht für ausreichend R.G. Bd. 41 S. 173.

9) l. 3 § 2 D. pro socio 17, 2.

10) Vgl. hierüber unsere früheren Auflagen.

1) Glück, L. v. d. Intestaterbfolge 1803, 2. Auflage 1822; Schirmer, Handbuch S. 125—297, Köppen, Lehrbuch S. 383 ff.

2) Fitting stellt als Prinzip im Archiv f. civ. Praxis Bd. 57 S. 153 auf, „daß wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht wirklich Erbe werde, Alles juristisch so zu

entscheidet grundsätzlich hierüber nicht. Verstarb also der Erblasser mit Hinterlassung eines Testamentes, welches nach seinem Tode z. B. durch Ausschlagen der Testamentserben destitut wird, so wird zur Intestaterbschaft berufen, wer zur Zeit der Vereitelung des Testamentes der nächste ist.[3] Wenn ferner der Erblasser mit Hinterlassung eines Embryo verstarb, welcher im Falle lebendiger Geburt sein Erbe wäre, so geht mit Vereitelung der Hoffnung die Berufung an den, welcher im Augenblicke der Fehlgeburt der nächste war.[4]

3. Im jüngsten Rechte tritt durchweg successive Berufung zur Intestaterbfolge ein, d. h. es wird jedem Folgenden deferirt, wenn der zunächst Berufene nicht Erbe wird.

Für die Frage, wer solchergestalt successiv berufen wird, ist wiederum der Zeitpunkt maßgebend, in welchem die folgende Berufung geschieht, also der Moment des Fehlschlagens der früheren Berufung.

4. Es besteht eine feste Ordnung für die successive Berufung der Verwandten, so daß sie eine fortgesetzte Reihe bildet, an deren Schluß das Erbrecht des überlebenden Ehegatten steht. Man spricht daher von dem ordentlichen Erbrechte der Verwandten und der Ehegatten.

Daneben kommt eine außerordentliche Erbfolge auf gewisse Theile des Nachlasses vor, welche neben der ordentlichen steht und mit verschiedenen Klassen derselben konkurrirt.

5. Das gemeinrechtliche Intestaterbrecht, und zwar sowohl das ordentliche wie das außerordentliche, beruht fast ganz auf der Gesetzgebung Justinians in seinen Novellen.

Dennoch ist das ältere Intestaterbrecht gleichfalls hier darzustellen. Denn nur wer den Gegensatz zwischen altem und neuem Rechte scharf in das Auge faßt, wird dem eigenthümlichen Wesen des jüngsten römischen Intestaterbrechtes voll gerecht.

---

behandeln sei, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre". Das mag für neuere Legislationen richtig sein, für das römische Recht ist es dies nicht. Vgl. namentlich Krieg, Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt 1876 S. 3.

3) § 7 I. de hereditat. quae ab intestato 3, 1, l. 9 § 2 D. de liberis et postumis 28, 2.

4) l. 30 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2, Krieg a. a. O. S. 31.

Erstes Kapitel.

Das vorjustinianische Intestaterbrecht.

§ 129. Das altcivile Intestaterbrecht.

I. Zwei Systeme kämpften im römischen Intestaterbrechte um die Herrschaft, das der Agnation und das der Kognation.

Das agnatische bezweckte die Erhaltung der Vermögen in den Familien desselben Namens, also im Mannesstamme. Es hatte einen aristokratischen Charakter, indem es die pekuniäre Stellung jener Familien förderte und bis zu einem gewissen Grade der Zersplitterung der Güter entgegentrat. So war es von großer wirthschaftlicher, socialer und politischer Bedeutung.

Dem anderen Systeme, dem kognatischen, liegen humane Ideen zu Grunde. Vor allem der Gedanke der Gleichheit unter den Descendenten des Erblassers, dann auch der übrigen Verwandten.

II. Das Zwölftafelgesetz gründete das Intestaterbrecht in schrofffster Weise auf Agnation.[1] Es waren hiernach Intestaterben:

1. An erster Stelle die sui, d. h. die Hauskinder des Erblassers zur Zeit seines Todes, zu denen auch die postumi gerechnet wurden, welche zur Zeit seines Todes erst im Mutterleibe waren, aber in seiner Gewalt stünden, wenn sie geboren wären.

Sui sind bekanntlich die Söhne und Töchter des Hausvaters, ferner dessen Enkel durch die Söhne und dessen Urenkel durch Enkel und Söhne, nicht aber Nachkommen der Töchter und Enkelinnen.[2]

Den natürlichen gleich standen die künstlichen sui, d. h. die durch Rechtsakte in die Gewalt des Hausvaters eingetretenen, die wie Kinder behandelt wurden, also seine adoptirten Kinder, und die Ehefrau in der Manus, die wie eine Tochter angesehen wurde.

Neben näheren nahmen auch entferntere sui an der Beerbung des Hausvaters Theil, wenn das die Verwandtschaft vermittelnde nähere Hauskind vor dem Erblasser verstorben oder aus dessen Gewalt geschieden war. Es succedirten insbesondere neben Söhnen des Erblassers dessen Enkel durch vorverstorbene Söhne.

Waren nur sui ersten Grades — Söhne und Töchter — betheiligt,

---

1) Ulpian. fragm. XXVI § 1: id enim cautum est lege XII tabularum hac: „si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto". Daran schloß sich — collatio XVI cap. 4 § 2: „si agnatus nec escit gentiles familiam habento."

2) Gajus, Inst. III §§ 1 ff. Ulp. fragm. XXVI §§ 1—6, collatio XVI cap. 2 ff.

so erbten sie nach Köpfen, waren entferntere — Enkel, Urenkel — betheiligt, so wurde nach Stämmen getheilt — in stirpes.

Weiber, insbesondere Töchter und Enkelinnen, hatten dasselbe Recht wie die Männer, solange sie suae blieben. Wenn sie aber in die Manus eines Ehemannes traten, hörte ihr civiles Verhältniß zu ihrem bisherigen Hausvater und ihren bisherigen Agnaten auf, damit also auch ihre Erbberechtigung diesen gegenüber.

2. In Ermangelung von sui erbte der dem Erblasser nächste Agnat. Es bestimmte sich dies relativ. Wenn nähere nicht existirten, war man der nächste. Agnaten gleichen Grades erbten zusammen und theilten nach Köpfen.

In der Klasse der Agnaten waren die Weiber zurückgesetzt. Sie beerbten nur ihre Geschwister, wurden aber von ihren männlichen Agnaten beerbt, wenn diese auch noch so weitläufig verwandt waren.[3]

3. In Ermangelung von Agnaten succedirten die Gentilen.[4]

III. Es galt der merkwürdige Satz „in legitimis hereditatibus successio non est", d. h. es gab keine successiven Berufungen zur Intestaterbfolge. Führte also die einmalige Berufung eines Intestaterben nicht zum Erbschaftserwerb, so war die Erbschaft vakant.[5]

Die Gründe dieses aus grauem Alterthum stammenden Satzes sind nicht mehr mit Sicherheit zu ermitteln. Es scheint aber, daß in der ältesten Zeit nur das Erbrecht der sui im Volksbewußtsein feststand. Das Erbrecht der Agnaten und Gentilen war wohl noch ein bestrittener Punkt, als es durch das Gesetz der 12 Tafeln sanktionirt wurde. Die entgegengesetzte Strömung hatte dann noch die Kraft, daß man das Gesetz auf das strikteste auslegte.[6]

IV. Das altcivile Erbrecht berücksichtigte bloße Kognaten nicht.[7]

---

3) Gajus, Inst. III § 14. Ulpian. fragm. XXVI § 6.

4) Gajus, Inst. III § 17, collatio XVI 4 § 2.

5) Gajus, Inst. III § 12, § 22. Paul. sent. IV 8 § 23. Ulp. fragm. XXVI § 5.

6) Für die Hypothese, daß das älteste römische Recht nur ein Intestaterbrecht der sui kannte, spricht vor Allem die Fassung des 12-Tafelgesetzes — oben Anm. 1. — Dasselbe sanktionirt ausdrücklich das Erbrecht der Agnaten und der Gentilen, was darauf hinweist, daß es noch der Sanktion bedürftig war. Der Gegensatz zu der Anerkennung des Erbrechtes der sui ist hierfür sehr bezeichnend. Erwäge man auch, daß sich ursprünglich die Rechtsinstitute in einfachster Gestalt bilden und allmählich erweitern und wachsen. Auch daß sich die Nothwendigkeit der Institution oder Exheredation seitens des Testators nur auf die sui bezog, kann als Argument dafür dienen, daß in der ältesten Zeit nur die sui ein Intestaterbrecht hatten. Vgl. noch Brunner, deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 195: „An Grund und Boden bestand zunächst nur ein beschränktes Erbrecht. Er vererbte auf die Söhne des verstorbenen Besitzers. Waren aber solche nicht vorhanden, so fiel das Land bei den Salfranken der Gesammtheit der Dorfgenossen anheim." Wie sich hiermit Tacitus Germania cap. 20 verträgt, muß hier dahingestellt bleiben.

War also die Ehefrau nicht in die Manus ihres Mannes getreten, so hatten ihre ehelichen Kinder kein Erbrecht gegen sie. Ebenso wenig hatte die Mutter ein Erbrecht gegenüber diesen Kindern.

Emancipirte Kinder ferner hatten kein Intestaterbrecht gegenüber ihrem Vater, da sie aus dessen Gewalt geschieden und nicht mehr sui waren. Ebenso wenig bestand zwischen ihnen und den Agnaten der Familie, der sie dereinst angehört hatten, Erbrecht.

§ 130. Die Modifikationen des civilen Intestaterbrechtes bis Justinian.

Die Agnation blieb bis Justinian die Grundlage der Intestaterbfolge Roms. Aber die Schroffheit und Einseitigkeit des alten Rechtes wurde doch gemildert, und zwar zuerst durch das prätorische Edikt, dann durch Senatuskonsulte, endlich durch Verordnungen christlicher Kaiser.

1. Die prätorische bonorum possessio intestati stellte bezüglich des Nachlasses Freigeborener folgende Reihe auf, in welcher das Civilrecht zwar den Kern bildete, aber Veränderungen und Erweiterungen erfuhr.[1]

a) In der ersten Klasse, welche der Volksmund „unde liberi" nannte,[2] berief das Edikt neben den sui die Descendenten, welche sui gewesen wären, wenn eine capitis deminutio minima nicht stattgefunden hätte, vor allem also die emancipirten Kinder des Erblassers.[3]

Ausgeschlossen waren die zur Adoption gegebenen Kinder, solange sie in der fremden Familie waren.[4]

Wohl mochten die sui die Konkurrenz der Emancipirten als Verletzung ihres ausschließlichen civilen Erbrechtes empfinden. Doch das Grundprinzip desselben war nicht verletzt. Denn alle hier Berufenen

---

7) Gajus, Inst. III §§ 18 ff.

1) Vgl. Gajus, Inst. III §§ 25 ff.

2) Tit. Dig. si tab. 38, 6. Cod. unde liberi 6, 14. Darüber, daß die Bezeichnung „unde liberi" und die entsprechende der anderen Klauseln nicht dem Edikte selbst zugehörten, siehe Lenel, edictum S. 284.

3) Eine besondere Schwierigkeit entstand, wenn der Hausvater einen Sohn emancipirt und einen Enkel durch diesen Sohn in der Gewalt zurückbehalten hatte. Hier hatte der Enkel das alleinige civile Erbrecht als nächster suus des Großvaters, während nach dem Systeme des prätorischen Ediktes sein Vater, der emancipirte Sohn, alleiniger Erbe sein mußte. Julian, der Redaktor des Hadrianischen Ediktes, traf ein Kompromiß durch eine „nova clausula de conjungendis cum emancipato liberis ejus". Dasselbe theilte dem Emancipirten die eine Hälfte der Portion, die andere seinen in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebenen Kindern zu. l. 1 pr. D. de conjung. cum emanc. 37, 8.

4) Ulpian. fragm. tit. XXVIII § 8.

waren Descendenten durch den Mannesstamm, „agnatische" oder „quasi-agnatische".

b) In der zweiten Klasse „unde legitimi" rief das Edikt die „gesetzlichen Erben".[5] Dies waren ursprünglich nur die von dem Zwölftafelgesetze berufenen agnatischen Verwandten, nämlich noch einmal die sui, welchen hierdurch neue Frist zur Agnoscirung der bonorum possessio gegeben war, ferner die Agnaten und endlich die Gentilen. Später, als auch Nichtagnaten durch die Gesetzgebung ein Intestaterbrecht erhielten, kamen sie gleichfalls in dieser Klasse zur bonorum possessio.

c) Erst in der dritten Klasse „unde cognati" wurden die Blutsverwandten des Erblassers berufen,[6] und zwar bis zum 6. Grade, aus dem 7. aber noch Kinder von Nachgeschwisterkindern — sobrino et sobrina natus et nata.[7] Die Nähe des Grades gab den Vorzug.

Hier also erhielten Kinder ein Erbrecht in das Vermögen ihrer Mutter und Eltern in das Vermögen ihrer Kinder.

Es ist klar, daß der entfernteste Agnat, als in der zweiten Klasse berufen, den Erben dieser Klasse vorging, mochten sie noch so nahe verwandt sein.

d) Endlich erhielt „unde vir et uxor" der überlebende Ehegatte ein Erbrecht in das Vermögen des vorverstorbenen.[8]

Das prätorische Recht führte successive Berufung ein. Wenn also der je zunächst Berufene die bonorum possessio nicht agnoscirte, wurde der Folgende berufen, bis die Reihe erschöpft war.[9]

2. Zwei Senatuskonsulte gaben nächststehenden kognatisch Verwandten ein Erbrecht vor Agnaten.[10] Es gewährte nämlich:

a) das S. C. Tertullianum unter Hadrian der Mutter, welche das jus liberorum hatte, ein gesetzliches Erbrecht in das Vermögen ihrer Kinder, sofern diese weder durch ihre Nachkommen beerbt wurden, noch durch ihren Vater, noch durch einen agnatisch verwandten Bruder — einen consanguineus. Mit den agnatischen Schwestern des Verstorbenen — den consanguineae — theilte die Mutter.[11]

---

5) Tit. Dig. unde legitimi 38, 7, Cod. 6, 15. Das Edikt lautete nach l. 1 D. h. t.: „tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset."

6) Tit. Dig. unde cognati 38, 8, Cod. 6, 15.

7) l. 1 § 3 D. h. t. 38, 8. Da der suus und der proximus agnatus auch Kognaten waren, so erging an sie nach diesem Edikt eine neue Berufung, sofern kein näherer Kognat existirte.

8) Tit. Dig. unde vir et uxor 38, 11. Cod. 6, 18.

9) Oben Bd. 3 § 62 Anm. 11.

10) Vgl. über die Senatuskonsulte Vangerow Bd. 2 § 408 und dort Citirte.

11) Paul. sent. IV § 9. Ulpian. fragmenta XXVI § 8, Tit. Inst. h. t. 3, 3.

b) Weit durchgreifender war das S. C. Orfitianum unter dem philosophischen Kaiser Mark Aurel. Denn nach ihm sollen die Kinder in erster Reihe ihre Mutter beerben, also vor den Agnaten.[12] So billig dies scheint, so legte es doch eine gewaltige Bresche in das agnatische System. Bisher ging das Vermögen einer Frau nach ihrem Tode an die Familie zurück, aus welcher sie stammte. Nunmehr fiel es an ihre Kinder, also in die Familie, in die sie hineingeheirathet hatte.

3. Die christliche Kaiserzeit bis Justinian beschränkte sich im Wesentlichen darauf, die Tendenzen, welche in den Senatskonsulten auftraten, weiter durchzuführen.[13]

a) Die eingreifendsten Neuerungen fanden in der Klasse der Descendenten statt. Auch die Großmutter väterlicher und die Großeltern mütterlicher Seite sollten von ihren Enkeln ab intestato beerbt werden, dies jedoch unter verschiedenen Abzügen zu Gunsten agnatisch Verwandter.[14]

b) Die Mutter erhielt ein Erbrecht gegenüber ihren vorverstorbenen Kindern, auch wenn sie das jus liberorum nicht hatte.[15] [16]

c) In der Seitenlinie blieb der Vorzug der Agnaten fast ganz unangetastet. Nur sollten die emancipirten Geschwister des Erblassers nach Anastasius neben den agnatischen erben, jedoch so, daß die letzteren ein Präcipuum erhielten.[17]

---

12) Ulpian. fragm. tit. XXIV § 7, Tit. Inst. de S. C. Orfitiano 3, 4.

13) Zusammenstellungen des Inhaltes der Verordnungen der christlichen Kaiserzeit über die Intestaterbfolge finden sich u. a. bei Keller, Institutionen S. 273 und Vangerow Bd. 2 § 409 S. 33. Dieselben enthalten auch Justinians Verordnungen bis zur Novelle 118. Damit wird aber die Thätigkeit Justinians in dieser Materie nicht in das rechte Licht gestellt. Eine klarere Einsicht gewinnt man, wenn man den Rechtszustand vor Justinian und die Gesetzgebung dieses Kaisers unterscheidet.

14) Valentinianus, Theodosius und Arkadius a. 388 l. 4 C. Theod. de legit. hered. 5, 1. Vgl. l. 9, l. 12 C. de suis et legitimis 6, 55 und §§ 15 und 16 I. de hered. quae ab int. 3, 1.

15) Darüber enthielt l. 1 C. Theod. de legit. her. 5, 1 von Konstantin a. 321 eigenthümliche Bestimmungen. Erst Justinian hob das Erforderniß des jus liberorum ganz auf l. 2 C. de jure liberorum 8, 58.

16) Ein eigenes Erbrecht wurde bezüglich des Vermögens der Hauskinder, zunächst der an sie fallenden lucra nuptialia, seit Justinian bezüglich ihrer Adventicien angeordnet. Die Descendenten des Kindes und selbst dessen Geschwister gingen dem Vater vor, vgl. über diese Materie Vangerow a. a. O. S. 35.

17) Der Text des Gesetzes von Anastasius ist nicht überliefert. Siehe über dasselbe vorzugsweise § 1 J. de successione cognatorum 3, 5 und Theophilus hierzu.

Zweites Kapitel.

Das justinianische Intestaterbrecht.

§ 131. Die leitenden Gedanken Justinians.

Das altrömische Intestaterbrecht wurde durch Justinian völlig umgestaltet. Dieses Erbrecht hatte in den Anschauungen und Traditionen der Völker des Ostreichs offenbar nie feste Wurzeln geschlagen. Erfahren wir doch von Justinian selbst, daß in Armenien ein ganz verschiedenes Intestaterbrecht galt,[1] und ergiebt das römisch-syrische Rechtsbuch, daß in Syrien ein Intestaterbrecht griechischen Ursprungs im Gebrauche blieb.[2]

Ein derartiger Widerspruch zwischen dem Volksrechte und dem officiellen Reichsrechte machte die Bahn für die Reformgesetzgebung Justinians frei, welche humane und christliche Ideen bezüglich der Gleichberechtigung der Frauen mit den Männern verfolgte, die in schroffem Gegensatze zu den Volksanschauungen des Orients standen.[3]

In diesem Sinne erließ Justinian sofort zu Anfang seiner Regierung zahlreiche Einzelgesetze, welche in seiner Kompilation Aufnahme fanden. Insbesondere beseitigte er die Zurücksetzung der weiblichen Agnaten gegenüber den männlichen,[4] ferner das Präcipuum der agnatischen Enkel gegenüber den kognatischen,[5] endlich den Vorzug der agnatischen Geschwister vor bloß kognatischen.[6]

Radikal aber verwirklichte er seine Ideen in der Novelle 118 aus dem Jahre 543, zu welcher die Novelle 127 vom Jahre 547 einen Nachtrag bildet. Die Novelle 118 hob nämlich jeden Vorzug der Verwandtschaft durch den Mannesstamm vor der durch den Weiberstamm auf und begründete ein neues Erbrecht in den Nachlaß Gewaltuntergebener wie Gewaltfreier, unter Beseitigung aller bezüglichen älteren Gesetze.[7]

---

1) Nov. 21 und edictum Justiniani III.

2) Siehe Bruns römisch-syrisches Rechtsbuch S. 303. Daß das hier dargestellte Intestaterbrecht aus griechischem Rechte stammt, hat Mitteis Reichsrecht überzeugend ausgeführt. Ursprünglich wahrscheinlich Stadtrecht einer in Syrien angesiedelten griechischen Colonie, erhielt es weite Verbreitung und mag durch Provincialedikt in Syrien Anerkennung gefunden haben.

3) Vgl. namentlich die praef. der nov. 21, in welcher Justinian beklagt, daß nicht bloß die Armenier, sondern auch andere Völker „die Natur verachten und das weibliche Geschlecht beleidigen, als wenn es nicht auch von Gott geschaffen und zur Erhaltung der Menschheit berufen sei“.

4) l. 14 C. de legitimis heredibus 6, 58 aus dem Jahre 531.

5) l. 12 C. de suis et legitimis 6, 55 aus dem Jahre 528.

6) l. 15 C. de legitimis heredibus 6, 58 aus dem Jahre 534.

7) Die praefatio bestimmt: necessarium esse perspeximus hac lege omnes

Für die Auslegung der Novelle 118 ist von entscheidender Bedeutung, ob man sie vorzugsweise aus dem altrömischen Rechte erklärt, oder aus ihrem eigenen Zusammenhange und nach den in ihr sich aussprechenden Tendenzen. Während das erstere lange das Bestreben der Romanisten war, neigt man sich in der neueren Zeit mehr der letzteren Auffassung zu. Sie ist noch weiter durchzuführen.[8]

B.G.B. §§ 1924 ff. legt der gesetzlichen Erbfolge das s. g. Parentelensystem zu Grunde, wonach diejenigen, welche mit dem Erblasser die näheren Stammeltern gemeinsam haben, solche Verwandte ausschließen, welche durch entferntere Stammeltern mit dem Erblasser verbunden sind.

A. Ordentliches Erbrecht der Verwandten.

§ 132. Die Ordnung der Verwandten.

Die Novelle 118 bildet im Allgemeinen eine Gradualerbfolge, so daß die Nähe des Grades der Verwandtschaft entscheidet. Aber gewisse Kategorien von Verwandten, zwischen denen sittlich und social ein engeres Familienband besteht, sind besonders ausgezeichnet. Es sind dies Descendenten, Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder ersten Grades.

Hiernach wurden 4 Klassen gebildet — ordines — von denen je die eine den anderen vorgeht.[1]

1. Die Klasse der Descendenten beruft die Nachkommen des Erblassers, also namentlich Söhne und Töchter, Enkel und Enkelinnen, Urenkel beiderlei Geschlechts.

Entferntere Descendenten werden zwar neben näheren berufen, ihre Berufung ist aber davon abhängig, daß diejenigen Descendenten nicht erben, durch welche sie von dem Erblasser abstammen. Uebrigens erwerben sie aus eigenem Rechte und keines-

simul successiones cognationis ab intestato clara et compendiosa distinctione definire ut „cessantibus prioribus legibus, quae hac de causa lata sunt in posterum ea solum observentur, quae nunc definimus."

8) Die Verschiedenheit des Standpunktes erzeugte zahlreiche Streitfragen. Eine Schrift über sie ist Büchel, Streitfragen aus der Novelle 118 Marburg 1839 in dessen civilrechtl. Erörterungen Bd. 2 n. 2.

1) Die vielgenannten Memorialverse eines Unbekannten widmen jeder der 4 Klassen eine Zeile.

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens proprior, germanus, filius ejus.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

wegs als Repräsentanten ihres vorverstorbenen Parens. Sie müssen daher nicht etwa Erben desselben geworden sein.[2]

Sind nur Söhne und Töchter berufen, so erhalten sie Kopftheile, konkurriren entferntere Descendenten, so wird nach Stämmen getheilt. Die entfernteren Descendenten erhalten hiernach, was ihrem die Descendenz vermittelnden Parens zugekommen wäre, wenn er Erbe geworden wäre.[3 4]

Die erste Ordnung der gesetzlichen Erben des B.G.B. stimmt hiermit völlig überein, vgl. B.G.B. § 1924.

2. In der Klasse der Ascendenten und vollbürtigen Geschwister werden berufen:

a) die dem Grade nach nächsten Ascendenten des Erblassers, also zunächst Vater und Mutter, in deren Ermangelung Großeltern, eventuell Urgroßeltern, außerdem

b) vollbürtige Geschwister des Erblassers, endlich

c) Kinder ersten Grades von vollbürtigen Geschwistern, wenn ihr Parens nicht erbt.[5 6]

Die Theilung geschieht in dieser Klasse nach folgenden Grundsätzen:

a) Sind nur gleich nahe Ascendenten berufen, so wird unter sie nach Linien getheilt, so daß die eine Hälfte den väterlichen, die andere den mütterlichen Großeltern, Urgroßeltern u. s. w. zufällt.

---

2) Seit Alters spricht man von einem „Repräsentationsrechte“ der Enkel und der Geschwisterkinder; dies ist schief und irrthümlich, wenn man darunter versteht, daß die Enkel und Geschwisterkinder nicht aus eigenem Rechte, sondern aus dem ihrer vorverstorbenen parentes erben, unverfänglich, wenn man damit nur bezeichnen will, daß die Enkel das erhalten, was ihr vorverstorbener Parens ererbt hätte, wenn er zur Succession gekommen wäre. Vgl. Kohler, Repräsentationsrecht, Abhandl. S. 367.

3) Auch wenn nur Enkel eines verstorbenen Kindes erben, sagt man korrekt, daß sie sich in die Stammportion ihres Parens zu theilen haben, nicht daß sie nach Kopftheilen in den Nachlaß ihres Großvaters succediren. Dieses bewährt sich, wenn mehr als 3 solcher Enkel mit der armen Wittwe des Erblassers konkurriren. Die Wittwe hat gleichwohl Anspruch auf ein Viertel des Nachlasses, und nicht bloß auf einen Kopftheil, wie der Fall ist, wenn sie mit mehr als 3 Kindern ersten Grades des Erblassers erbt.

4) Ueber die l. 3 C. de bon. maternis 6, 60 vgl. unsere früheren Auflagen.

5) Die Novelle 118 giebt den Geschwisterkindern den Worten nach das bevorzugte Erbrecht nur, wenn ihr Parens, also das Geschwister des Erblassers, „praemortuus“ ist. Die Meinung aber ist offenbar, daß sie succediren sollen „in Ermangelung“ ihres Parens, obgleich nur der Hauptfall hervorgehoben ist. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 416 S. 55. Anderer Ansicht Büchel, Streitfragen S. 171.

6) Das bevorzugte Erbrecht der Geschwisterkinder an Stelle ihres Parens ist nicht in einem Guß erschaffen worden. Die Novelle 118 gewährte es nur, wenn keine Ascendenten konkurrirten. Die Novelle 127 verlieh es den Geschwistern, auch wenn Ascendenten neben Geschwistern des Erblassers vorhanden waren. Die Praxis nimmt es endlich im Sinne dieser Novelle auch an, wenn bloß Ascendenten und keine Geschwister berufen sind. Vgl. die bei Arndts § 477 Citirten. Anders freilich Seuffert, Archiv Bd. 5 n. 300.

b) Sind Ascendenten und Geschwister zusammen berufen, so wird unter alle nach Köpfen getheilt. Dasselbe ist der Fall, wenn nur Geschwister berufen sind.

c) Sind neben Ascendenten oder Geschwistern des Erblassers Geschwisterkinder berufen, so erhalten dieselben zusammen den Stammtheil, welcher auf ihren Parens entfallen wäre.

d) Seit der Glossatorenzeit war die Theilungsweise streitig, wenn nur Neffen und Nichten des Erblassers von verschiedenen Geschwistern berufen sind. Die Theilung nach Stämmen, welche Accursius auch für diesen Fall vertheidigte, ist die folgerechte, die nach Köpfen, für welche Azo auftrat, erschien billiger und erhielt im Mittelalter größeren Beifall. Der Reichsabschied von Speier aus dem Jahre 1529 hat daher die Theilung nach Köpfen bestätigt und zur gemeinrechtlichen gemacht.[7]

Nach B.G.B. § 1925 sind gesetzliche Erben der zweiten Ordnung die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. Für die Theilung gilt: Leben zur Zeit des Erbfalls die Eltern, so erben sie allein und zu gleichen Theilen. Lebt zur Zeit des Erbfalls der Vater oder die Mutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so erbt der überlebende Theil allein.

3. Die halbbürtigen Geschwister und die Kinder halbbürtiger Geschwister bilden die dritte Klasse. Ihr Verhältniß ist dem der vollbürtigen Geschwister und der Kinder solcher entsprechend.[8]

Gesetzliche Erben der dritten Ordnung nach B.G.B. sind die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge, vgl. § 1926 Abs. 1.[9]

4. Endlich succediren alle übrigen Seitenverwandte.

Der nähere Grad schließt den entfernteren aus. Verwandte gleichen Grades theilen nach Köpfen.[10]

---

7) Reichsabschied von Speier 1529 § 31. Vgl. Stintzing, Ulrich Zasius S. 140 und derselbe: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 167.

8) Früher wurde oft behauptet, daß dann, wenn Halbgeschwister oder Kinder solcher von väterlicher und von mütterlicher Seite existirten, das vom Vater stammende Vermögen an die väterlichen, das von der Mutter stammende an die mütterlichen Halbgeschwister falle und nur der Rest nach Köpfen zu vertheilen sei. Diese Ansicht stützte man vorzugsweise auf die l. 13 § 3 C. de legit. hered. 6, 58. Selbst wenn sie hierin begründet wäre, was nicht der Fall ist, wäre sie verwerflich. Denn die Novelle 118 hat die Verwandtenerbfolge selbständig regulirt und alle früheren Bestimmungen über sie aufgehoben. Vangerow Bd. 2 § 417 S. 61.

9) Ueber die Theilung innerhalb dieser Ordnung siehe B.G.B. § 1926 Abs. 2—5.

10) Ueber die vierte Ordnung nach B.G.B. und die folgenden Ordnungen siehe §§ 1928, 1929 das.

§ 133. Die successive Berufung.[1]

1. Es ist allgemein anerkannt, daß nach der Novelle 118 successive Berufung gilt, daß also, wenn der zunächst berufene Verwandte nicht Erbe wird, der folgende zu berufen ist. Allerdings ist dies nicht ausdrücklich in der Novelle vorgeschrieben, allein es entspricht, wie der Zweckmäßigkeit und Billigkeit, so der historischen Entwickelung.

Denn das Princip der successiven Berufung der Intestaterben, welches ursprünglich nur bei der bonorum possessio galt,[2] war schon vor der Novelle 118 auf civile Erbrechtsklassen übertragen worden.[3]

Hierüber ist man einig; im Einzelnen bestehen bei dem Schweigen des Gesetzes über die successive Berufung zahlreiche Streitfragen. Für sie ist die Grundfrage entscheidend, ob man die successive Berufung, so wie sie sich historisch im älteren Erbrechte gestaltet hatte, entsprechend auf die Erbrechtsklassen der Novelle zu übertragen sucht, oder ob man sie aus ihrem Principe heraus und im Geiste der Novelle selbständig ausbildet.

2. Das letztere Bestreben hat in der neueren Zeit immer mehr Anhänger gewonnen. Denn die Gegenansicht verkennt die Kluft, welche das Erbrecht der Novelle von dem älteren Rechte scheidet.

Es ist hiernach namentlich anzunehmen, daß die successive Berufung in allen Klassen zunächst vom näheren zum entfernteren Grade fortschreitet und erst nach Erschöpfung der Klasse zur folgenden Klasse übergeht. Man pflegt dies successio graduum et ordinum zu nennen.[4]

3. Manche leugnen die successio graduum für die Descendentenklasse.[5] Wenn also der zur Erbschaft berufene Sohn des Erblassers nicht Erbe wird, soll die weitere Berufung nicht an dessen Nachkommen ergehen, sondern sofort zu Ascendenten oder Seitenverwandten fortschreiten. Diese Ansicht stützt sich namentlich darauf, daß in der entsprechenden Klasse des alten Rechtes „unde liberi“ successio graduum nicht bestand.[6] Doch

1) J. Merkel, die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben 1876.

2) Oben § 130 Anm. 9.

3) § 7 I. de legitima agnat. successione 3, 2.

4) Dies gilt auch nach B.G.B., vgl. § 1930.

5) Die Succession in der Descendentenklasse hat in der neueren Zeit vorzugsweise Puchta, Pand. § 458 bekämpft, die der Kinder von Geschwistern Büchel, Streitfragen S. 171. Vgl. dagegen Vangerow Bd. 2 § 420 S. 62 und die bei Arndts § 478 Anm. 2 citirten Schriftsteller.

6) Als „liberi“ galten eben nur diejenigen, die im Augenblicke der eröffneten Intestatsuccession sui des Erblassers waren oder ohne capitis deminutio minima gewesen wären. Nach der Begriffsbestimmung war eine successive Delation in dieser

das hatte seine besonderen historischen Gründe. Auf die Descendentenklasse der Novelle ist es nicht zu übertragen.[7]

Haltlos ist es auch, wenn Manche ferner die successio graduum für Kinder von Geschwistern in der zweiten und dritten Klasse in Abrede stellen.[8]

§ 134. Akkrescenzrecht unter den Intestaterben.

1. Unter mehreren zusammenberufenen Intestaterben besteht für den Fall, daß die Portion des einen der Mitberufenen frei wird, ein allgemeines Akkrescenzrecht.

Ein specielles Akkrescenzrecht haben die Verwandten, welche zusammen einen Stammtheil erben,[1] insbesondere die Enkel eines vorverstorbenen Kindes des Erblassers, sowie die Geschwisterkinder von einem vorverstorbenen Geschwister, wenn sie zusammen auf einen Stammtheil berufen sind, endlich auch Ascendenten, die einer Linie angehören, wenn nur Ascendenten verschiedener Linien berufen sind. Fällt also ein solcher Mitberufener weg, so wächst sein Theil denen zu, welche demselben Stamm oder derselben Linie angehören.

2. Eine sehr bestrittene Frage ist, ob bei dem Wegfallen einzelner von mehreren Berufenen unmittelbar Akkrescenz eintritt, oder zunächst successive Delation an diejenigen, welche von vornherein die Berufung erhalten hätten, wenn der Weggefallene nicht da gewesen wäre.[2] Nach altem Rechte kam es in derartigen Fällen zweifellos zur Akkrescenz.[3] Aber auch bezüglich dieser Frage kann das alte Recht nicht mehr

---

Klasse nicht möglich, vgl. l. 4 § 1 D. de bon. poss. contra tab. 37, 4, l. 34 C. de inofficioso test. 3, 28. Es ist übrigens bestritten, ob nicht schon durch die Stellung der l. 3 C. unde liberi 6, 14 die successio graduum durch Justinian auch in dieser Klasse anerkannt war, vgl. Vangerow Bd. 2 § 407 S. 31.

7) Man kann sich hierfür auf die Worte der Novelle 118 berufen cap. 1 si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur . . . omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur.

8) Der Hauptgrund der Gegner sind die oben § 132 Anm. 5 citirten Worte der Novelle.

1) l. 12 pr. D. de bon. poss. contra tab. 37, 4, l. 1 § 12 D. de conjungendis cum emancipato liberis 37, 8. l. 5 § 2 D. si tab. test. 38, 6.

2) Für Akkrescenzrecht und gegen successive Delation hat sich namentlich Vangerow Bd. 2 § 420 S. 64 erklärt; vgl. auch Fr. Ehlers, successio graduum und jus accrescendi, Bonner Inauguraldissertation 1890, Köppen, Lehrb. S. 411. In neuerer Zeit haben sich die Stimmen für den Vorzug der partiellen Succession sehr gemehrt. Hierfür sind Franke, Beiträge n. 8; Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 S. 160; Leonhard, Versuch über den Vorzug der successio graduum vor dem Akkrescenzrechte 1874; Kohler, Archiv für civ. Praxis Bd. 59 n. 4 S. 87; Hofmann, krit. Studien S. 65; Windscheid Bd. 3 § 573 Anm. 5.

3) § 9 I. de bon. poss. 3, 9.

maßgebend sein. Die successive Berufung auf den ausfallenden Theil entspricht vielmehr den Absichten der Novelle und der Billigkeit in höherem Grade.

Akkrescenz tritt daher nur ein, wenn der Fall einer successiven Delation nicht gegeben ist, oder wenn auch die successiv Berufenen die ihnen angetragene Portion nicht erwerben.[4]

3. Für den Fall der Akkrescenz, wie für den einer successiven Berufung ist die Frage wichtig, ob der Antheil der Mitberufenen nach dem Augenblicke der Berufung oder nach dem Zeitpunkte des Erwerbes zu bemessen ist. Das erste ist das Richtige. Denn die Berufung giebt den Berufenen ein Anrecht auf den Erwerb eines bestimmten Theiles.

§ 135. Verwandtschaftsbegriff der Novelle.

Wer als Descendent, Ascendent oder Kollaterale im Sinne der Novelle anzusehen ist, dies bestimmt sie selbst nicht näher. Auch hierfür sind in Zweifelfällen an erster Stelle die Grundgedanken der Novelle, in zweiter die allgemeinen Principien maßgebend.

1. Als verwandt — Kognat — betrachtet das altrömische und das Pandektenrecht nur solche Personen, welche im Augenblicke des Todes des Erblassers bereits existirten, mindestens im Mutterleibe waren.[1]

Gilt dies auch im Sinne der Novelle? Dies ist herrschende Ansicht, jedoch mit Unrecht.[2]

---

4) Die Frage ist namentlich in folgenden Fällen von Wichtigkeit: a) Es ist mehreren Söhnen des Erblassers deferirt, ein Sohn verstirbt vor dem Erwerbe der Erbschaft oder schlägt diese aus, die anderen Söhne treten an. Kommt nun die freiwerdende Portion jenes Sohnes seinen Kindern, den Enkeln des Erblassers zu, oder akkrescirt sie den mitberufenen Geschwistern des Sohnes? b) Der Erblasser verstirbt mit Hinterlassung eines Bruders, seines Vaters und eines Großvaters. Der Vater wird mit dem Bruder berufen, stirbt aber vor dem Erwerb. Akkrescirt nun sein Theil dem Bruder des Erblassers, oder wird derselbe weiter dem Großvater deferirt, welcher mit dem Bruder berufen worden wäre, wenn der Vater bereits vor dem Erblasser verstorben wäre? c) Einem Bruder des Erblassers und einem Kinde eines verstorbenen Bruders ist deferirt. Der Bruder stirbt vor dem Antritt mit Hinterlassung von Kindern. Wird seine Portion dessen Kindern deferirt oder fällt sie durch Akkrescenz an das Geschwisterkind des Erblassers, welches von vornherein mitberufen war?

1) § 8 I. de hered. quae ab intestato 3, 1, l. 6 pr. D. de injusto 28, 3, l. 6, l. 7, l. 8 pr. D. de suis et legitimis 38, 16. l. 1 § 8 D. unde cognati 38, 8.

2) Die herrschende Ansicht vertreten u. A. Vangerow Bd. 2 § 411 S. 39, Arndts § 474 Anm. 6, Windscheid Bd. 3 § 571 Anm. 2, Brinz Bd. 3 S. 128. Die entgegengesetzte vertheidigt Löbenstern in Lindes Zeitschrift Bd. 7 S. 215 und im Wesentlichen Schirmer, Erbrecht S. 189 Anm. 157.

Denn die Novelle will, daß die Berufung an die „Descendenten" des Erblassers stets vor der Berufung an Ascendenten und Kollateralen geschehe. Um dieser Intention gerecht zu werden, müssen wir einen erweiterten Verwandtschaftsbegriff zu Grunde legen, wonach auch Descendenten, die nach dem Tode des Erblassers koncipirt werden, als mit ihm verwandt anzusehen sind. Doch hat sich B.G.B. der herrschenden Meinung angeschlossen.[3]

2. Eheliche Kinder sind verwandt mit Vater und Mutter und allen Verwandten derselben.

Dies gilt auch für die durch nachfolgende Ehe oder Reskript legitimirten,[4] ebenso für die in einer Putativehe erzeugten.[5]

Eine verbreitete Praxis gab früher den Brautkindern gleichfalls die Rechtsstellung der ehelichen. Die Praxis des R.G. hat sich aber hiergegen erklärt, womit die Frage erledigt ist.[6]

Uneheliche Kinder gelten im Sinne der Novelle nur als verwandt mit der Mutter und deren Verwandten, nicht aber mit ihrem Erzeuger und dessen Verwandten.[7] [8] Dies gilt auch nach B.G.B. § 1705.

Was die Adoption anlangt, so ist die vollkommene, welcher die Arrogation gleichsteht, und die unvollkommene zu unterscheiden.

a) Die vollkommene begründet nach gemeinem Rechte ein Kindesverhältniß zwischen dem Adoptirenden einerseits und dem Adoptirten und dessen Nachkommen andererseits. Zwischen diesen Personen findet daher Intestat- und Pflichttheilsrecht statt.[9]

---

3) Vgl. B.G.B. § 1923.

4) Oben Bd. 3 § 29. Anders für die Ehelichkeitserklärung B.G.B. § 1737.

5) Oben Bd. 3 § 28 Anm. 17. Der Vater, welcher wußte, daß die Ehe nichtig sei, hat kein Erbrecht gegen das Kind. Vgl. auch B.G.B. § 1701.

6) Für das Erbrecht der Brautkinder vgl. namentlich Schirmer a. a. O. S. 215. Ueber dasselbe sind Theorie und Praxis seit lange im Zwiespalt, siehe die bei R.G. Bd. 5 S. 170 Citirten.

7) Das ist ohne Zweifel die Meinung der Novelle, die mit dem alten Rechte übereinstimmt. l. 2, l. 4, l. 8 D. unde cognati 38, 8.

8) Manche behaupten, daß die ex damnato coitu Entspringenden — aus Ehebruch, Bigamie oder Incest — mit der Mutter und ihren Verwandten gegenseitiges Erbrecht nicht haben, vgl. Schirmer S. 224. In der That bestimmte dies für incestuose Kinder die l. 6 C. de incestis 5, 5. Das ist aber durch die Aenderung der Gesetzgebung über die Incestuosen in der nov. 12 beseitigt, vgl. insbesondere die praefatio. Friedrich Zimmermann im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 13 n. F. S. 333.

9) Vgl. oben Bd. 3 § 30 S. 58. R.G. Bd. 6 S. 173 betrachtet als den nächsten Zweck der Adoption nach heutigem deutschen Recht die Begründung eines Kindesverhältnisses, so daß die väterliche Gewalt nur als Folge desselben eintritt, wenn deren konkrete Bedingungen bestehen und daß hiernach auch die Grundlage für das Erbrecht des Adoptirten das Kindesverhältniß sei, unabhängig von

Aber auch gegenüber seinem natürlichen Vater bleibt der Adoptirte nebst seinen Nachkommen in dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse. Daher beerbt das Adoptivkind als Descendent sowohl seinen Adoptivvater wie seinen natürlichen Vater.

Und folgerecht wird ein solches Kind umgekehrt sowohl von seinem natürlichen Vater als von seinem Adoptivvater beerbt. Diese müssen sich also in die dem „Vater" zufallende Portion theilen.

Man hat eingewendet, es könne Niemand zwei Väter haben. Daher wollen einige den natürlichen Vater zwar als Verwandten anerkennen, aber nicht als Vater, so daß er in der vierten Klasse als Kollaterale erben soll.[10] Das ist offenbar eine verfehlte Idee.

Das Adoptivkind hat eben zwei Väter, einen natürlichen und einen Adoptivvater; den natürlichen Vater zu einem Seitenverwandten seines Kindes zu stempeln, kann keiner juristischen Kunst gelingen.

b) Der unvollkommen Adoptirte gilt als Kind seines leiblichen Vaters, beerbt ihn und seine natürlichen Verwandten, und wird von diesen beerbt. Die Adoption hat, wie Justinian ausdrücklich bestimmt, nur die Wirkung, daß er ein Intestaterbrecht — nicht ein Pflichttheilsrecht — gegen seinen Adoptivvater erlangt.[11]

c) Die Folgen der Adoption durch eine Frau entsprechen denen der vollkommenen Adoption, wie sie sich im heutigen Rechte gestaltet haben.[12]

d) Nach B.G.B. § 1759 wird durch die Annahme an Kindesstatt ein Erbrecht für den Annehmenden nicht begründet, wohl aber für das Adoptivkind und dessen Abkömmlinge (§ 1762). Doch kann das Erbrecht des Kindes durch den Adoptivvertrag ausgeschlossen werden (§ 1767). Das Erbrecht des Kindes in seiner natürlichen Familie wird durch die

---

dem Entstehen oder Fortbestehen der väterlichen Gewalt. Hiernach haben auch die Kinder der adoptirten Tochter ein Intestaterbrecht gegen den Adoptirenden. Tadelnd bemerkt hierzu Windscheid Bd. 3 § 571 Anm. 6 „Das ist nicht mehr Rechtsanwendung, sondern Rechtsschaffung." Er irrt. Es ist „Rechtsfindung", allerdings nicht aus römischen Gesetzen, die dem deutschen Rechte fremd blieben, wohl aber aus der deutschen Rechtsanschauung und Gewohnheit. Leider hat das R.G. seine Ansicht nicht festgehalten, vgl. R.G. Bd. 31 S. 187.

10) Das Kindeserbrecht zwischen dem plene adoptatus und seinem natürlichen Vater leugnen namentlich Löhr, Magazin Bd. 3 S. 397; Puchta, Pand. § 454; Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 173. Nur die beiden ersten behaupten, daß der Arrogirte und vollkommen Adoptirte seinen leiblichen Vater in der vierten Klasse beerbe und entsprechend von ihm beerbt werde, Mühlenbruch verneint jedes Erbrecht zwischen diesen Personen. Das ist konsequent, aber höchst unbefriedigend. Vgl. dagegen Vangerow Bd. 2 § 412 S. 43.

11) l. 10. C. de adoptionibus 8, 47.

12) l. 5 C. eod. 8, 47.

Annahme an Kindesstatt nicht berührt, ebensowenig das Erbrecht seiner natürlichen Verwandten ihm gegenüber (§ 1764).

4. Ist Jemand mehrfach mit dem Erblasser verwandt, so kann er doch nur einen Erbtheil in Anspruch nehmen, wenn die Theilung nach Köpfen geschieht. Dagegen erhält er mehrere Theile, falls nach Stämmen getheilt wird, sofern er verschiedenen Stämmen angehört.[13]

§ 136. B. Ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten.

I. Dem überlebenden Ehegatten gab der Prätor nach der Klasse der Kognaten die bonorum possessio „unde vir et uxor".[1]

Hieraus wurde in der deutschen Praxis ein ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten, welches dem der Verwandten nachfolgt.[2]

Es setzt voraus, daß kein Verwandter des Erblassers existirt, oder daß doch keiner die Erbschaft erwerben will.

Die Ehe muß gültig sein. Die Ehegatten dürfen sich auch nicht thatsächlich dauernd von einander getrennt haben.[3]

II. Das B.G.B. giebt deutscher Rechtsanschauung entsprechend dem überlebenden Ehegatten ein weit günstigeres Erbrecht. Neben Verwandten der ersten Ordnung ist er zu einem Viertheile, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen, entferntere Verwandte schließt er von der Erbschaft aus (§ 1931). Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm außer dem Erbtheile die zum ehelichen Haushalte gehörenden Gegenstände und die Hochzeitsgeschenke als Voraus (§ 1932).

---

13) Es folgt dies aus dem Wesen der Theilung nach Köpfen und nach Stämmen. Vgl. B.G.B. § 1927.

1) Tit. Dig. unde vir et uxor 38, 11, Cod. 6, 18.

2) Bis zur Novelle 118 gingen zwar die Agnaten dem überlebenden Ehegatten unbeschränkt vor, dagegen die Kognaten nur bis zum 6. Grade, ausnahmsweise noch bis zum 7. Grade. Vgl. oben Bd. 3 § 130 Anm. 8. Die Folge der Novelle 118 war aber, daß der entfernteste Kognat den überlebenden Ehegatten ausschließt. Es hat nicht an Romanisten gefehlt, welche dies ganz in Ordnung fanden. Gegenüber der deutschen Ehe aber, welche in der That regelmäßig eine dauernde Verbindung von Mann und Frau ist, die zusammen leben, arbeiten, sparen, war diese Zurücksetzung des überlebenden Ehegatten höchst unangemessen. Die meisten deutschen Partikularrechte gaben daher dem überlebenden Ehegatten weit günstigere Erbrechte.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 38, 11. Anders bei bloß vorläufiger, wenn auch gerichtlich angeordneter Trennung. Wendt, Pand. § 354 Anm. 5 und dort cit. Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 7 n. 62 II S. 261.

§ 137. C. Außerordentliche Erbrechte.

1. Die arme Wittwe erhielt durch Justinian ein außerordentliches Erbrecht auf die Quart des Vermögens ihres verstorbenen wohlhabenden Gatten. Wie sie im Falle der Scheidung durch Schuld des Mannes gegen Elend durch die Scheidungsstrafe geschützt ist, so soll sie es im Falle des Todes des Mannes durch das Erbrecht sein.[1]

a) Arm und wohlhabend sind relative Begriffe. Je nach der socialen Stellung ist derselbe Vermögensbetrag bei dem einen beneideter Wohlstand und bei einem anderen entsetzliche Dürftigkeit. Die Wohlhabenheit ist daher im gegebenen Falle nach den persönlichen und Standesverhältnissen zu beurtheilen.[2]

b) Dies Erbrecht wurde für die „undotirte" Wittwe geschaffen, da Justinian unterstellte, daß die dotirte in der Dos ihre Subsistenz habe. Ist jedoch die Dos so gering, daß dies nicht der Fall ist, so muß nach den Intentionen, von denen das Gesetz ausgeht, dies Erbrecht gleichfalls eintreten.[3]

c) Bestehen der Ehe bis zum Tode des Mannes und thatsächliches Zusammenleben bis zum Tode[4] ist Voraussetzung.

d) Die Wittwe hat ein Recht auf ein Viertel des Nachlasses, jedoch nur bis zu 100 Pfund Gold. Konkurrirt sie mit mehr als 3 Kindern oder Kindesstämmen, so erhält sie nur einen Kopftheil. Sind die Kinder, welche mit ihr erben, zugleich ihre eigenen, so ist sie auf den Nießbrauch der auf sie entfallenden Portion beschränkt.

e) Viele gestehen der Wittwe nur einen „gesetzlichen Vermächtnißanspruch" zu.[5] Dies um deswillen, weil ihr Erbanspruch nach Analogie der Scheidungsstrafe geschaffen wurde und hiernach behandelt werden soll. Doch dies bezieht sich nicht auf die juristische Form des Erbrechtes. Denn die Wittwe wird vom Gesetze als „Miterbin" bezeichnet, und um deswillen für die Erbschaftsschulden mitverhaftet.[6]

f) Der Erbtheil der armen Wittwe ist unentziehbar — ein Notherbenrecht.

g) B.G.B. hat das Erbrecht der armen Wittwe beseitigt.

2. Justinian gab den Konkubinenkindern zusammen mit ihrer Mutter, die einen Kopftheil erhielt, ein Erbrecht auf ein Sechstel des Vermögens ihres Erzeugers, wenn dieser weder eheliche Kinder noch eine Ehefrau hinterließ.[7]

---

1) Nov. 53 cap. 6, nov. 117 cap. 5, Vangerow Bd. 2 § 488 S. 303. Dort siehe die ältere Litteratur. Dazu Petri, das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe, Inauguraldissertation, Straßburg 1874 und von Kerstorff in der Zeitschrift des Anwaltvereins für Bayern XVI n. 21—23 1876. — Ueber die Ehescheidungsstrafe vgl. oben Bd. 3 § 26.

2) R.G. Bd. 16 S. 153, Bd. 40 S. 191.

3) So auch Windscheid Bd. 3 § 574 Anm. 5. Siehe dort die Dissentienten.

4) Anders R.G. in Seuff. Arch. Bd. 50 n. 259.

5) Dagegen, daß die Wittwe die ihr gebührende Quote als Erbin erhalte, hat sich namentlich Vangerow erklärt Bd. 2 § 488. Ihm folgen die Neueren überwiegend. Siehe namentlich Schiffner, gesetzliche Vermächtnisse § 27. Vgl. dagegen Schröder, Notherbenrecht Bd. 1 S. 284 und dort Citirte.

6) Nov. 53 cap. 6 § 1 . . . „subjacere hujusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus, nisi forte secundum quod in illius jure ex hac lege heres exstiterit — συγκληρονομεῖ. Natürlich ist die Wittwe aber nicht Miterbin, wenn sie mit ihren eigenen Kindern konkurrirt und in Folge dessen bloß den Nießbrauch ihrer Quart erhält.

7) Nov. 18 cap. 5, nov. 89 cap. 12.

Alte Praxis gewährte dies Erbrecht allen anerkannten unehelichen Kindern. Das Reichsgericht erachtet aber hierdurch ein allgemeines Gewohnheitsrecht nicht als begründet.[8] Auch nach B.G.B. haben die unehelichen Kinder kein Erbrecht.

3. Der arrogirte Unmündige hat, falls ihn der Adoptivvater ohne genügenden Grund aus der Gewalt entläßt, einen persönlichen Anspruch auf ein Viertheil des Nachlasses des Adoptivvaters,[9] wenn dieser vor der Mündigkeit des früheren Adoptivkindes stirbt.[10]

Diese s. g. quarta divi Pii bildet zwar kein Erbrecht, kann aber mittels einer actio familiae erciscundae als gesetzliches Vermächtniß eingeklagt werden.[11]

B.G.B. hat die quarta divi Pii beseitigt.

§ 138. D. Das Recht des Fiskus und juristischer Personen auf vakante Erbschaften.

I. Durch die lex Papia Poppaea unter Augustus erhielt die Staatskasse — der Fiskus — ein Successionsrecht in vakante Erbschaften, d. h. in solche, die weder einen Testaments-, noch einen Intestaterben fanden.[1]

1. Der Zweck des Gesetzes war vornehmlich, dem Staate eine Einnahmequelle zu eröffnen. Daher galten folgende Sätze:

a) Der Fiskus hat die Schulden des Erblassers nur bis zum Belaufe der Erbschaftsaktiven zu berichtigen.[2] Dies also auch, wenn er nicht rechtzeitig ein gehöriges Inventar errichtet hat.

b) Verkauft der Fiskus die Erbschaft als Ganzes, so liegen dem Käufer die Erbschaftsschulden ob, der Fiskus seinerseits wird durch den Verkauf frei.[3]

Das Recht des Fiskus ferner galt als ein außerordentliches. Um deswillen bestimmte man:

---

8) R.G. Bd. 12 S. 227. Dort sind Präjudicien für und gegen zusammengestellt. Freilich ist es hart und antisocial, wenn entfernte Verwandte den ganzen Nachlaß wegnehmen, die anerkannten, unehelichen Kinder des Verstorbenen aber leer ausgehen.

9) Quarta divi Pii oben Bd. 3 § 30 Anm. 7. § 3 J. de adopt. 1, 11, l. 22 pr. D. de adoptionibus 1, 7, l. 2 pr. C. eod. 8, 47. Schröder, Notherbenrecht Bd. 1 S. 552, Schiffner, gesetzliche Vermächtnisse § 39.

10) Vangerow Bd. 1 § 252 Anm. 3 S. 470.

11) l. 2 § 1 D. fam. erc. 10, 2, l. 1 § 21 D. de coll. bon. 37, 6, l. 8 § 15 D. de inofficioso test. 5, 2. Einen anderen Fall, in welchem ein Nichterbe etwas aus der Masse mit dem fam. erc. judicium utile herausnimmt, siehe in l. 1 § 9 D. de dote praeleg. 33, 4.

1) Gajus, Inst. II § 150, Ulpian. fragm. XXVIII § 7. Tit. Cod. de bonis vacantibus 10, 10. Die Litteratur siehe bei Danz, Geschichte des römischen Rechtes 2. Aufl. Bd. 2 § 184; siehe ferner Keller, Institutionen S. 275, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 348.

2) l. 1 § 1, l. 11 D. de jure fisci 49, 14. R.G. Bd. 7 S. 152.

3) l. 1 C. de her. vel act. vend. 4, 39, l. 54 D. de her. pet. 5, 3, l. 41 D. de jure fisci 49, 14.

a) daß der Fiskus die in einem destituten Testamente des Erblassers angeordneten Vermächtnisse auch dann zu entrichten habe, wenn eine Kodicillarklausel nicht zugefügt ist;[4]

b) eine kurze Verjährung des Anspruches binnen 4 Jahren von dem Augenblicke an gerechnet, in welchem es objektiv feststeht, daß die Erbschaft vakant ist.[5]

Manche Schriftsteller wollten diese Eigenthümlichkeiten dadurch erklären, daß sie den Fiskus als privilegirten Okkupanten des Nachlasses, und nicht als Universalsuccessor des Erblassers auffaßten. Hierin fand man namentlich den Grund der beschränkten Haftung des Fiskus für die Erbschaftsschulden. Doch die Idee eines privilegirten Okkupationsrechtes ist zwar dem deutschen Rechte geläufig, den Römern aber ganz fremd.

Vielmehr ist der Fiskus in der That Universalsuccessor des Erblassers,[6] so daß er eine besondere Art Erbrecht hat.[7]

Er erwirbt dasselbe nicht von selbst, sondern nur dadurch, daß er es in Anspruch nimmt.[8]

3. Gewisse juristische Personen gehen in Folge besonderen Privilegs dem Fiskus vor:

a) Kirchen haben das Vorrecht auf den vakanten Nachlaß der bei ihnen angestellten Geistlichen;[9]

b) dasselbe Recht hat das Regiment bezüglich seiner Soldaten;[10]

c) gewohnheitsrechtlich steht den Armen- und Verpflegungsanstalten

---

4) l. 96 § 1 D. de legatis I, l. 2 § 1 D. de alimentis leg. 34, 1, l. 14 D. de jure fisci 49, 14.

5) l. 10 D. de temp. praescr. 44, 3, l. 1 § 2 D. de jure fisci 49, 14. In Rom wurde die Verjährung durch die Delation seitens eines Angebers beim Fiskus unterbrochen, welcher die Einziehung betrieb. Im gemeinen Recht geschah die Unterbrechung durch Erhebung der Klage gegen die Okkupanten.

6) Die Okkupationstheorie vertheidigte Blume im rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. 4 n. 6 S. 212. Dagegen siehe Vangerow Bd. 2 § 564. Von der Beantwortung hängt namentlich die Entscheidung der Frage ab, welcher Fiskus die erblosen Güter zu beanspruchen hat, wenn der Nachlaß in verschiedenen Territorien liegt. Die Anhänger der Okkupationstheorie geben den verschiedenen Staatskassen der belegenen Sachen das Okkupationsrecht, die Vertheidiger der Universalsuccession schreiben dem Fiskus des letzten Wohnortes des Verstorbenen das Recht auf den Gesammtnachlaß zu.

7) Die Klage des Fiskus hat den Charakter einer hereditatis petitio. l. 20 §§ 6 und 7 D. de her. pet. 5, 3. Vgl. auch Ulpian. fragm. tit. XXVIII § 7.

8) Der Fiskus erwirbt nicht ohne seinen Willen. Zwar scheint hierauf l. 1 § 1 D. de jure fisci 49, 14 zu deuten, vgl. aber Dernburg, Kompensation S. 317 Anm. 2. Erfordert wird die vindicatio seitens des Fiskus — vgl. l. 50 pr. D. de manumissis testamento 40, 4 — d. h. die Inanspruchnahme durch Besitzergreifung oder Klage.

9) l. 20 C. de episcopis 1, 3. nov. 131 cap. 13.

10) l. 2 C. de hereditatibus decurionum 6, 62.

ein Erbrecht an dem vakanten Nachlaß der von ihnen verpflegten Personen zu.[11] [12]

II. Nach B.G.B. § 1936 ist in Ermangelung eines Verwandten oder eines Ehegatten der Fiskus des Bundesstaates, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat, gesetzlicher Erbe. Er kann die Erbschaft nicht ausschlagen (§ 1942 Abs. 2), eine Inventarfrist kann ihm nicht bestimmt werden (§ 2011), er haftet also für die Nachlaßverbindlichkeiten immer nur mit dem Nachlasse. Nach Einf.Ges. Art. 138, 139 bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts vorgeht, sowie diejenigen, nach welchen dem Fiskus oder einer anderen juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein Erbrecht, ein Pflichttheilsanspruch oder ein Recht auf bestimmte Sachen zusteht.

Drittes Kapitel.

Die Kollation.

§ 139. Die Grundgedanken der Kollation.[1]

Die Kollation entwickelte sich bei der Intestaterbfolge der Descendenten, und ist grundsätzlich eine Ergänzung dieser Intestaterbfolge geblieben. Allerdings ist sie im späteren Rechte auch für den Fall vorgeschrieben, daß der Erblasser seine Descendenten, die seine nächsten Intestaterben wären, testamentarisch zu Erben einsetzt. Doch dies entspringt nur der Vermuthung, daß der Erblasser seine Descendenten so halten wollte, wie wenn sie Intestaterben geworden wären. Hierin liegt also nur etwas Abgeleitetes.

Die Intestatsuccession der Descendenten bezweckt deren gleiche Behandlung. Um deswillen wird der Nachlaß der Ascendenten unter deren Kinder, beziehungsweise die Kindesstämme gleich getheilt. Aber damit

11) Glück, Intestaterbfolge S. 761 ff.

12) In Folge Privilegiums konnten in Rom auch Stadtgemeinden das Recht auf den vakanten Nachlaß ihrer Bürger haben. Diokletian hob dies auf, l. 1 C. h. t. 10, 10. Partikularrechtlich besitzen aber in Deutschland die Städte häufig dieses Recht, worin ein Nachklang ihrer alten Gerichtsbarkeit liegt.

1) Die Hauptwerke sind von Fein, das Recht der Kollation 1842 und von Leist bei Glück, Serie der Bücher 37 und 38 Bd. 3 S. 201 ff. Dort siehe die Litteratur. Dazu Kohler, Abhandlungen I n. 6: „Die römisch-rechtlichen Grundlagen der Kollation“.

allein ist die Gleichheit unter den Kindern nicht ausreichend durchgeführt. Dies geschieht erst durch die Kollation.

a) Die ältere Kollation hatte ihren Grund in der Verschiedenheit der Erwerbsfähigkeit der Descendenten während des Lebens des pater familias.

Sie hing auf das Engste mit der alten Familienverfassung zusammen, wonach Alles, was die Hauskinder erwarben, dem Hausvater gehörte, während die aus dem Hause herausgetretenen Kinder für sich erwarben.

b) Die neuere Kollation bezweckt Ausgleichung wegen Vorempfanges von dem gemeinsamen Erblasser.

Oft erhalten nämlich einzelne Descendenten in Fällen des Bedürfnisses, z. B. bei ihrer Verheirathung, von ihren Ascendenten Zuwendungen, welche anderen Descendenten nur deswegen nicht zu Theil wurden, weil das gleiche Bedürfniß bezüglich ihrer bei Lebzeiten des Erblassers noch nicht eingetreten war. Die hierdurch entstehende Ungleichheit soll die neuere Kollation aufheben.

§ 140. Die ältere Kollation.[1]

1. Die ursprüngliche Art der Kollation war die der Emancipirten. Danach mußten die emancipirten Kinder des Erblassers, was sie zur Zeit des Todes ihres Vaters im Vermögen hatten, mit den sui ihres Vaters theilen, wenn sie neben ihnen erbten.

Diese Kollation entsprang dem prätorischen Edikte. Als nämlich der Prätor neben den sui, welchen nach Civilrecht die Intestaterbschaft ihres Hausvaters allein zustand, dessen emancipirte Kinder mittels bonorum possessio in den Nachlaß berief,[2] empfanden dies die sui als Verletzung ihres durch die 12 Tafeln verbrieften exklusiven Rechtes. Hierfür sollte ihnen eine Entschädigung mittels der Kollation zu Theil werden, welche ihnen die Emancipirten leisten mußten.[3]

Diese Kollationspflicht hatte aber auch einen tieferen Grund. Nach der alten Familienverfassung gehörte Alles, was der suus bei Lebzeiten des Vaters erwarb, dem Vater, fand sich also regelrecht in dessen Nach-

1) Tit. Dig. de collatione bonorum 37, 6, de dotis collatione 37, 7, Tit. Cod. de collationibus 6, 20.

2) Dies durch bon. poss. contra tabulas, vgl. unten § 144, und unde liberi, oben § 130 Ziff. 1a, l. 1 pr. D. h. t. 37, 6.

3) l. 10 D. h. t. 37, 6, l. 1 § 13 D. de conj. cum emanc. 37, 8, Schmidt in Bekkers Jahrb. Bd. 4 S. 114.

laß. Daher nahm der Emancipirte von diesem Erwerbe einen Theil, wenn er den Vater mitbeerbte.[4] Es war nur folgerecht, daß dann auch seinerseits der Emancipirte dem suus Theil an dem gönnte, was er selbst bis zum Tode des Vaters erworben hatte, und was sich in dem Nachlasse hätte finden müssen, wenn er in der Gewalt geblieben wäre.

Deshalb befahl der Prätor den Emancipirten, welche die bonorum possessio agnoscirten, Kaution zu Gunsten der sui, welche durch sie verkürzt wurden, mittels deren sie Kollation ihres Vermögens, wie auch dessen, was sie ihm dolos entfremdet hatten, versprachen.[5] [6]

Diese Kautionsleistung an die sui war nicht Bedingung der bonorum possessio der Emancipirten, denn deren Ertheilung durfte keinen Aufschub erfahren,[7] [8] und die sui waren nicht immer zur Hand. Sie war vielmehr eine an die b. p. geknüpfte Auflage, also daß im Falle des Ungehorsams des Emancipirten Verweigerung der Erbschaftsklagen und Ueberweisung seiner Erbportion an die Miterben eintrat.[9]

Mit der alten Familienverfassung mußte die Kollation der Emancipirten dahinschwinden.

Denn diese Kollation betraf Vermögenstheile nicht, welche der Emancipirte für sich erworben hätte, wenn er Hauskind geblieben wäre.[10] Da nun im jüngsten Rechte das Hauskind alles für sich erwirbt, was nicht

4) Coll. leg. Mos. et rom. XVI, 7.

5) Lenel, edictum S. 275 denkt sich — im Wesentlichen unzweifelhaft richtig — die Fassung des Ediktes so: Inter eos, quibus ita bonorum possessio data erit, ita collationem fieri jubebo, ut hi, qui in potestate morientis non fuerint, his, qui in potestate morientis fuerint, recte caveant, se quidquid moriente patre in bonis habuerint dolove malo fecerint, quominus haberent, boni viri arbitratu collaturos esse.

6) Die Emancipirten hatten nur den sui zu konferiren. In Folge dessen kam es zu einer ungleichen Behandlung der Kinder, wenn mehrere Emancipirte vorhanden waren, welche zu konferiren hatten, l. 1 § 24 D. h. t. 37, 6. Ulpianus libro 40 ad edictum: Portiones collationum ita erunt faciendae: et puta duo sunt filii in potestate, unus emancipatus habens trecenta: ducenta fratribus confert, sibi centum: facit enim iis partem, quamvis is sit, cui conferri non solet. quod si duo sint filii emancipati habentes trecena et duo in potestate, aeque dicendum est singulos singulis, qui sunt in potestate, centena conferre, centena retinere. sed ipsos invicem nihil conferre. dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut quicumque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis. — Den suis wird nur konferirt, wenn ihnen durch die Dazwischenkunft der emancipati ein Nachtheil entsteht, l. 1 § 5 D. h. t. 37, 6.

7) l. 3 pr. D. h. t. 37, 6.

8) Verlangte das Edikt gleich „cautio", so genügte doch auch unmittelbare Theilung des Vermögens des Emancipirten, ja daß sich die Emancipirten bereit erklärten, so viel von der väterlichen Erbschaft weniger zu empfangen, als der suus bei der Kollation zu beanspruchen hat, l. 1 §§ 11 und 12 D. h. t. 37, 6.

9) l. 1 § 10, § 13 D. h. t. 37, 6, l. 2 § 9 D. eod.

10) l. 1 § 15 D. h. t. 37, 6.

vom Vater herkommt, so hatte der Emancipirte schließlich nur zu konferiren, was er von seinem Vater hatte.[11]

Aber auch der letzte Rest dieser Kollation verlor sich, als die Novelle 118 die bonorum possessio unde liberi verdrängte. Denn die Agnoscirung der bonorum possessio war die Voraussetzung gewesen.

2. Die Kollation der Dos durch die Haustochter schloß sich an die der Emancipirten an.

Die Haustochter hatte allerdings ein civiles Erbrecht neben den anderen Hauskindern, ohne daß an sich ihre Ausstattung mit einer Dos in Betracht kam.

Aber auch sie hatte — ähnlich wie Emancipirte — in ihrer Dos ein Sondervermögen, welches nicht in den Nachlaß des Vaters fiel.[12]

Daher forderte der Prätor von ihr deren Kollation, wenn sie die bonorum possessio agnoscirte, und zwar keineswegs bloß der dos profecticia, sondern nicht minder der adventicia. Denn nicht das war entscheidend, daß die Tochter etwas vom Vater im Voraus empfangen hatte, sondern daß sie ein Sondervermögen hatte, welches nicht zum väterlichen Nachlasse gehörte.

Seit Antoninus Pius hatte die sua auch dann zu konferiren, wenn sie keine bonorum possessio agnoscirte, sondern bloß als Civilerbin auftrat.[13]

Im späteren klassischen Rechte sollte sie selbst den emancipirten Geschwistern konferiren, jedoch nur die profecticia, also die vom Hausvater stammende Dos.[14]

Das war das erste Aufblitzen eines neuen Gedankens, der später zur allgemeinen Geltung kam.

§ 141. Die neuere Kollation.

Die neuere Kollation ist die Ausgleichung wegen Zuwendungen, welche ein Ascendent, den seine Descendenten gemeinsam beerben, einzelnen von ihnen unter Lebenden gemacht hat.

---

11) l. 21 C. h. t. 6, 20. Daß der Emancipirte auch die beim Tode seines Vaters bei ihm noch vorhandenen Revenuen seines Vermögens zu konferiren hatte, welches ohne die Emancipation adventicium geworden wäre und im väterlichen Nießbrauche gestanden hätte, ist in den römischen Quellen nicht bezeugt, wenn es auch die späteren Byzantiner annahmen. Vangerow a. a. O. S. 385.

12) Vergl. oben Bd. 3 § 19.

13) l. 1 pr. D. h. t. 37, 7.

14) l. 4 C. h. t. 6, 20.

Ihren Grund legte Kaiser Leo im Jahre 472 durch die Vorschrift, daß die von einem Ascendenten einem Descendenten gewährte dos und propter nuptias donatio bei der Vertheilung seines Nachlasses den übrigen Descendenten zu konferiren sei, welche gemeinsam mit dem Ausgestatteten ab intestato erben.[1] Justinian hat das Institut fortgebildet.[2] Seinen Abschluß erhielt es durch die gemeinrechtliche Praxis.

Die neuere Kollation hat sich aus der älteren, insbesondere der c. dotis entwickelt, welche selbst eine Nachbildung der c. emancipati war. Aber es liegt in ihr ein selbständiges, von dem der älteren Kollationsarten wesentlich verschiedenes Princip. Dasselbe muß für seine einzelnen Rechtssätze vorzugsweise maßgebend sein. Da manche Neuere dies nicht ausreichend berücksichtigen, und sich vor allem an die Analogien der älteren Kollationsarten halten,[3] gerathen sie vielfach auf Irrwege und zu falschen Resultaten.

1. Früher lehrte man, daß grundsätzlich jede Zuwendung des Erblassers zu konferiren sei, so daß man hiervon nur bestimmte Ausnahmen anerkannte. Das ist längst verlassener Irrthum.[4]

Gegenstand der Kollation sind nur folgende Zuwendungen:

a) Nach römischem Rechte die dos, propter nuptias donatio und die militia,[5] d. h. die käufliche nutzbare Beamtung, mit welchen der Erblasser seine Descendenten ausgestattet hatte.

Nach deutscher Praxis ist die Ausstattung des Kindes zu konferiren, d. h. das ihm vom Ascendenten bei Begründung seiner wirthschaftlichen Selbständigkeit behufs derselben gegebene Vermögen, insbesondere also das bei Verheirathung des Kindes und bei der Etablirung eines Geschäftes durch das Kind Gewährte.[6]

Nach B.G.B. § 2050 sind außer der Ausstattung auch Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe insoweit zur Ausgleichung zu bringen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben.

b) Schenkungen unter Lebenden sind zu konferiren, einmal, wenn der Erblasser ihre Kollation oder wenigstens ihre Einrechnung in

1) l. 17 C. h. t. 6, 20.

2) l. 19, l. 20 C. h. t. 6, 20, nov. 18 cap. 6.

3) Fein a. a. O. S. 289, Leist a. a. O. S. 290 und 444, Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 1 legen das Hauptgewicht auf die Kontinuität der Institute, ohne jedoch völlig mit einander übereinzustimmen.

4) Francke, Grundzüge d. L. v. d. Kollation, civ. Abhandl. n. 4.

5) l. 17 C. h. t. 6, 20, l. 20 § 3 C. eod.

6) Dogmengeschichtliche Nachweise siehe bei Leist a. a. O. S. 406.

das Pflichttheil vorschrieb, ferner aber auch, wenn der Beschenkte keine Ausstattung erhalten hat, und ihm ein anderer Descendent, welcher nicht gleichfalls beschenkt wurde, konferiren muß.[7]

Der Erblasser kann auch die Kollation von solchen liberalen Zuwendungen anordnen, die eigentliche Schenkungen nicht sind.

Nach B.G.B. § 2050 Abs. 3 sind andere Zuwendungen unter Lebenden außer den vorgedachten zur Ausgleichung zu bringen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat.

c) Nach der jetzt herrschenden Ansicht soll bei der neueren Kollation, entsprechend der alten, nur zu konferiren sein, was der Kollationspflichtige zur Zeit des Todes des Erblassers vom Konferendum hat, sowie was er dolos verbrachte, so daß man jedoch vom Tode des Erblassers an auch Haftung des Kollationspflichtigen für culpa in concreto anzunehmen pflegt.[8]

Dies stimmt weder mit der Praxis, noch mit den Gesetzen,[9] noch mit der Billigkeit. Denn der Ausgestattete, welcher den Gewinn, den das Vorempfangene abwirft, für sich behält, muß folgerecht auch dessen Gefahr tragen. Daher ist das Konferendum nach seinem Werthe zur Zeit des Empfanges anzurechnen.

Damit stimmt B.G.B. § 2055 Abs. 2 überein.

d) Früchte und Zinsen gebühren dem Kollationsberechtigten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtige in Verzug gesetzt ist.[10]

2. Kollationspflichtig ist jeder Descendent des Erblassers, welcher Konferenda von ihm erhielt, sofern er ihn beerbt,[11] kollationsberechtigt jeder Descendent des Erblassers, welcher neben dem Kollationspflichtigen erbt.[12]

Streitfragen des gemeinen Rechts sind:

---

7) l. 20 § 3 C. h. t. 6, 20.

8) So Fein a. a. O. S. 313. Etwas erweitert die Haftung der Kollationspflichtigen Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 24 und Arndts § 530. Die richtige Ansicht vertritt F. Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 S. 400 und Brinz Bd. 3 S. 297.

9) Die nov. 97 cap. 6 bestätigt bei richtiger Auslegung die hier vertretene Ansicht.

10) l. 5 § 1 D. h. t. 37, 6, R.G. Bd. 11 S. 245. Anders Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 22.

11) l. 17 C. h. t. 6, 20.

12) Es sind keineswegs wie bei der collatio emancipati bloß diejenigen Descendenten kollationsberechtigt, welche der Kollationspflichtige beschränkt. Denn der maßgebende Gesichtspunkt ist ein anderer. Der ausgestattete Enkel von einem vorverstorbenen Kinde des Erblassers muß daher nicht bloß seinen Geschwistern konferiren, sondern nicht minder einem miterbenden Kinde des Erblassers, seinem Oheim. Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 6. Die Litteratur siehe bei Arndts § 528 Anm. 3.

a) Ob entferntere Descendenten, insbesondere Enkel, kollationspflichtig sind, wenn sie vom Ascendenten zur Zeit eine Ausstattung erhielten, als sie noch nicht nächste Intestaterben des Erblassers waren, weil damals ihr die Verwandtschaft vermittelnder Parens noch lebte? Die Frage ist zu verneinen, weil diese Ausstattung nicht aus der Erbportion des Enkels gegeben ist. Der Erblasser nahm in solchem Falle nicht an, daß der Enkel sein Erbe werde.[13] Die Regelung des B.G.B. stimmt hiermit überein.[14]

b) Haben Enkel zu konferiren, was ihrem vorverstorbenen Parens zugewendet war? Man kann einwenden, daß sie den Großvater aus eigenem Rechte beerben, und nicht als Repräsentanten ihres vorverstorbenen Parens. Aber sie sollen doch nur dessen Portion erhalten! Daher ist zu sagen, daß sie sich auch die Minuenden dieser Portion anrechnen lassen müssen, mit anderen Worten, daß sie den Abzug der Konferenda wie der weggefallene Parens zu dulden haben.[15] Auch hier hat B.G.B. die gleiche Regelung.[16]

c) Ist neben den kollationsberechtigten Descendenten des Erblassers ein nichtkollationsberechtigter Nichtdescendent desselben, insbesondere eine arme Wittwe berufen, so fragt es sich, in welchem Verhältniß zu konferiren ist?

Die richtige Antwort ist, daß der Theil des Konferendum, welcher auf die Wittwe fiele, wenn sie gleichfalls kollationsberechtigt wäre, bei dem Kollationspflichtigen außer dem auf ihn selbst entfallenden Theil verbleibt.[17]

3. Die ältere Kollation geschah durch Kaution. Aber dies ist auf die neuere nicht zu übertragen. Diese geschieht vielmehr durch Anrechnung des Konferendum auf die Erbportion des Kollationspflichtigen bei der Erbtheilung.[18] So bestimmt auch B.G.B. § 2055 Abs. 1: Bei

13) Die Gegenansicht vertreten u. a. Vangerow Bd. 2 § 516 S. 393, Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 21.

14) Vgl. B.G.B. S. 2053.

15) Auch dies ist sehr kontrovers, vgl. Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 20.

16) Vgl. BGB. § 2051 Abs. 1.

17) Merkwürdigerweise lehrt die jetzt herrschende Theorie — Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 8 — „nach Analogie der collatio emancipati“, daß der Nichtdescendent, also namentlich die arme Wittwe bei Berechnung der Kollationsantheile nicht mitgezählt werde, so daß die Konferenda zwischen den Kollationsberechtigten und Kollationspflichtigen so zu vertheilen seien, wie wenn sie die einzigen Erben wären. Hiernach erhielten aber die Kollationsberechtigten mehr in Folge der Kollation der Ausstattung, als sie erhalten hätten, wenn der gemeinsame Ascendent die Ausstattung nicht vorgenommen und die entsprechende Summe in seinem Vermögen zurückbehalten hätte. Dies ist nicht annehmbar. Vgl. aber auch Dunkhase im Arch. f. civ. Prax. Bd. 79 S. 289.

18) Bezüglich der Art, wie die Kollation auszuführen ist, haben sich mit der

der Auseinandersetzung wird jedem Miterben der Werth der Zuwendung, die er zur Ausgleichung zu bringen hat, auf seinen Erbtheil angerechnet. Der Werth der sämmtlichen Zuwendungen, die zur Ausgleichung zu bringen sind, wird dem Nachlasse hinzugerechnet, soweit dieser den Miterben zukommt, unter denen die Ausgleichung stattfindet.

Soweit der Werth der kollationspflichtigen Objekte den Werth der Erbportion übersteigt, ist nicht zu konferiren.[19] Dies gilt auch nach B.G.B. § 2056.

4. Die Kollationspflicht tritt auch ein, wenn der Erblasser seine Descendenten testamentarisch zu Erben einsetzt,[20] wobei jedoch vorausgesetzt ist, daß dies nach Verhältniß der Größe ihrer Intestatportionen geschah und daß der Erblasser auch nicht in anderer Weise z. B. durch Vorverzeichnisse zu erkennen giebt, daß er nicht von ungesetzlicher Erbfolge ausgeht.[21] B.G.B. § 2052 besagt: Hat der Erblasser die Abkömmlinge auf dasjenige als Erbe eingesetzt, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden, oder hat er ihre Erbtheile so bestimmt, daß sie zu einander in demselben Verhältnisse stehen wie die gesetzlichen Erbtheile, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Abkömmlinge nach den §§ 2050, 2051 zur Ausgleichung verpflichtet sein sollen.

5. Der Erblasser kann die Kollationspflicht erlassen.[22]

Entwickelung des Institutes die erheblichsten Wandlungen vollzogen. Die Kollation geschah ursprünglich bloß durch cautio, d. h. ein durch Bürgen gesichertes Versprechen, die kollationspflichtigen Objekte zu theilen. Aber schon zur Zeit der Pandektenjuristen konnte sie „re“ erfolgen, d. h. durch unmittelbare Theilung der kollationspflichtigen Gegenstände, endlich auch dadurch, daß der zur Kollation Verbundene sich bei der Theilung des väterlichen Vermögens soviel abziehen ließ, als er zu konferiren hatte, l. 1 §§ 11 und 12 D. h. t. 37, 6. Diese letztere Methode, welche praktisch am einfachsten ist, war offenbar bereits zur Zeit Leos die regelmäßige. Seine l. 17 C. h. t. 6, 20 sagt daher ausdrücklich und wiederholt, die Kollation der Dos habe stattzufinden „in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum“. Hiernach geschieht gemeinrechtlich die Kollation durch Abrechnung bei der Vertheilung des elterlichen Nachlasses.

19) Nach der ursprünglichen Weise der Kollation durch cautio konnte es vorkommen, daß der Kollationspflichtige mehr einwerfen mußte, als er aus der väterlichen Erbschaft erhielt. Hatte er nämlich, nachdem er die bonorum possessio agnoscirt hatte, die cautio geleistet, so konnte er nicht gegen sie einwenden, daß er, wie sich nachträglich herausstellte, mehr einzuwerfen, als aus der väterlichen Erbschaft zu empfangen habe. Das paßt aber nicht für die neuere Kollation, die sich durch Anrechnung bei der Vertheilung des Nachlasses des Ascendenten vollzieht.

20) Nov. 18 cap. 6.

21) Zustimmend Dunkhase, die Kollationspflicht bei testamentarischer Erbfolge, Arch. f. civ. Prax. Bd. 79 S. 276. Anders die meisten, vgl. die dort Anm. 2 Angeführten.

22) Nov. 18 cap. 6: „nisi expressim disposuerit se collationem fieri nolle“. Mit Recht versteht man hierunter jede deutliche Erklärung. Siehe jedoch Dunkhase a. a. O. S. 284. Vgl. B.G.B. § 2050 Abs. 1 a. E.

Fünfter Abschnitt.

Das Notherbenrecht.[1]

§ 142. Einleitung. Begriff des Notherbenrechtes.

I. Die gesetzlichen Schranken der Testirfreiheit zu Gunsten der Intestaterben nennt man Notherbenrecht.[2]

Die Bezeichnung ist nicht quellenmäßig, auch nach der Wortbedeutung nicht völlig zutreffend, aber herkömmlich und nicht zu entbehren.

Das römische Notherbenrecht begreift Rechtsinstitute sehr verschiedenen historischen Ursprungs und juristischer Gestalt in sich, die sich im Laufe der Zeit gleichsam über einander lagerten.

Die Basis des Rechtes war die unbeschränkte Testirfreiheit, welche das Zwölftafelgesetz in absoluter Weise proklamirte.[3]

Später traten successive rechtliche Einschränkungen ein, welche der Uebereilung und der Verletzung der Verwandtenpflicht durch den Erblasser begegnen sollten.[4]

Endlich hat Justinian auch hier eine eingreifende Thätigkeit entwickelt, freilich durchaus nicht eine besonders glückliche.

II. Wie sich dies alles schließlich zu einander verhält, ineinander greift und zusammengliedert, ist im höchsten Grade streitig. Es ist daher unmöglich, sich in der Lehre des Notherbenrechtes ohne einige Einsicht in die historische Entwickelung zurechtzufinden.

Die hauptsächlichsten Rechtsinstitute, um die es sich handelt, sind folgende:

1. Nach dem alten Civilrechte lag dem Hausvater ob, wenn er

1) Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Rechte 1829; Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten 1831; Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 119, Bd. 38 S. 1 ff. Unvollendet in Folge des Todes des Verfassers blieb Franz Schröder, das Notherbenrecht Bd. 1 1877. Im Allgemeinen vgl. Bruns: „Ueber Testirfreiheit und Pflichttheil", kleine Schriften Bd. 2 S. 139 und Schultzenstein bei Rassow u. Küntzel, Beiträge Bd. 23 S. 661, 812.

2) Den Begriff des Notherbenrechtes erörtert neuerdings Hofmann, kritische Studien S. 197.

3) l. 120 D. de V. S. 50, 16: Pomponius libro 5 ad Quintum Mucium. Verbis legis XII tabularum his „uti legassit suae rei ita jus esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.

4) Nur das Soldatentestament blieb in Rom sowohl von den Schranken des formellen — § 6 J. de exher. 2, 13 — wie des materiellen Notherbenrechtes — l. 8 §§ 3 und 4. l. 27 § 2 D. de inofficioso test. 5, 2 — frei. Vgl. übrigens Fitting, das castrense peculium S. 214. Das Reichsmilitärgesetz § 44 hat dies antiquirt. — Ueber Pupillarsubstitutionen vgl. oben Bd. 3 § 89 Anm. 8.

testirte, seiner sui durch Erbeinsetzung oder Enterbung zu gedenken, und das Gleiche machte der Prätor dem Vater bezüglich seiner „liberi" zur Pflicht — altes formelles Notherbenrecht.

2. In Folge der Praxis des Centumviralgerichts mußte der Testator gewisse nahe Verwandte, die zugleich seine nächsten Intestaterben waren, mit einem Theile ihrer Intestatportion — dem Pflichttheile — bedenken, wenn sie sich dessen nicht unwürdig gemacht haben, s. g. materielles Notherbenrecht oder Pflichttheilsrecht.[5]

3. Justinian forderte, daß Ascendenten ihre Descendenten und Descendenten ihre Ascendenten mit einer Erbeseinsetzung beehren, wenn kein gesetzlicher Grund zur Ausschließung vorliegt, s. g. neueres formelles Notherbenrecht.

Erstes Kapitel.

Das alte formelle Notherbenrecht.

§ 143. Institution oder Exheredation der sui.[1]

I. Der Testator mußte seine sui, d. h. hier die Hauskinder, welche durch seinen Tod gewaltfrei werden, nach altem Civilrechte entweder zu Erben einsetzen — instituere — oder enterben — exheredare. — Unterließ er beides — präterirte er dieselben — so war sein Testament nicht rechtsbeständig.

Eine materielle Beschränkung des Testators lag hierin nicht. Die Erbeseinsetzung auf einen geringen Theil des Nachlasses genügte, die Exheredation reichte aus, auch wenn kein Grund für sie angegeben war, und keiner existierte. War aber der Präterirte mit Legaten noch so reichlich abgefunden, so war das Testament gleichwohl hinfällig.

---

5) An diesem Orte ist nur die Rede vom Notherbenrecht der Verwandten. Auch das Recht der dürftigen Wittwe nicht minder das des arrogirten Unmündigen ist unentziehbar — also eine Art Notherbenrecht. Diese Ansprüche sind aber bereits früher besprochen — oben Bd. 3 § 137. Sie haben mit dem Notherbenrecht der Verwandten wenig gemeinsames.

1) Gajus, Inst. II § 123. Ulpian. fragm. tit. XXII §§ 14ff. Tit. Inst. de exheredatione liberorum 2, 13. Dig. de liberis et postumis 28, 2. Cod. 6, 28 und 6, 29. Vgl. A. Schmidt, das formelle Recht der Notherben 1862 und dort Citirte, namentlich Vangerow Bd. 2 § 468, Schröder a. a. O. S. 8. Allgemeinere Bemerkungen finden sich bei Hölder in seinen Beiträgen zur Geschichte d. röm. Erbrechts S. 88, sowie Hofmann, krit. Studien S. 197.

Nichts war also gefordert, als eine bestimmte Ausdrucksweise — eine Form.

Die Situation sollte klar gestellt werden, wenn der Erblasser sui hatte und sie nicht einsetzte.[2] Immerhin bildete die Vorschrift ein psychologisches Hemmniß für den Testator. Denn Mancher scheute sich ausdrücklich zu sagen, daß er seine sui enterbe, was er stillschweigend anzuordnen wohl den Muth gehabt hätte. Das fiel namentlich in das Gewicht, so lange man öffentlich vor dem versammelten Volke testiren mußte.

Die Form gewährte ferner Schutz im Falle des Irrthums des Testators, namentlich wenn er einen suus für todt hielt und deswegen präterirte.[3]

II. Zu unterscheiden sind Haussöhne, andere sui und endlich postumi.

1. Den Haussohn — den Stammhalter der Familie — mußte der Testator speciell — nominatim — exherediren, wenn er ihn nicht instituirte.[4]

Einsetzung unter einer Bedingung genügte nur, wenn der Haussohn unter der entgegengesetzten Bedingung exheredirt war. Einsetzung unter einer Potestativbedingung genügte ohne Weiteres.[5] Sie gab dem suus, welcher sonst nothwendiger Erbe war, die Freiheit des Entschlusses über den Erwerb. Deshalb galt sie eher als Begünstigung, denn als Beschränkung.

Die Enterbung mußte von allen Graden der Erbeinsetzung geschehen.[6]

Die Verabsäumung dieser Formvorschriften hatte Nichtigkeit zur Folge. Und zwar war ein Testament von Anfang an nichtig, in welchem der Haussohn nicht gültig instituirt oder exheredirt war. Daher rumpirte es ein etwaiges früheres Testament nicht, und blieb nichtig, wenn der

2) Die gewöhnliche Erklärung — z. B. von Vangerow Bd. 2 § 467 S. 216 — unterstellt, daß die sui eine Art Miteigenthum am väterlichen Vermögen gehabt hätten. Um deswillen habe sie der Vater aus diesem Miteigenthum erst heraussetzen müssen — exheredare —, wenn er sie nicht instituirte. Hierfür führt man l. 11 D. de liberis et postumis 28, 2 an. Diese Erklärung ist aber unhaltbar. Der suus war im juristischen Sinne nicht Miteigenthümer des väterlichen Vermögens; wäre er es gewesen, so hätte ihm der Miteigenthümer — der Vater — dies Recht nicht einseitig nehmen können. Die Sache liegt viel einfacher. Daß der Hausvater sein Hauskind aus dem Hause stößt, indem er sein Vermögen anderen Erben zuwendet, war ein so auffallender und unglaublicher Akt, daß die Römer forderten, daß ein solcher Wille ausdrücklich ausgesprochen sei, wenn man ihn annehmen sollte. Das geschieht durch die Exheredation, über die insbesondere Gajus, Inst. II § 123 zu vergleichen ist. Von der gewöhnlichen Auffassung aus ist die Ausdehnung des Präteritionsrechtes auf die Emancipirten nicht zu verstehen, nach unserer Erklärung ist sie wohl begreiflich. Siehe unten § 144 Anm. 2.

3) Cicero de oratore I cap. 38.

4) Gajus, Inst. II § 123.

5) l. 87 D. de heredibus instituendis 28, 5.

6) l. 3 D. h. t. 28, 2, Schmidt a. a. O. S. 53.

Haussohn vor dem Testator starb. So lehrten die Sabinianer. Die Prokulianer betrachteten das Testament freilich nur dann als nichtig, wenn der Sohn den Erblasser überlebte. Das war milde und zweckmäßig, aber gegen den Grundgedanken des Institutes, und konnte nicht durchdringen.[7]

War der Haussohn nur von einzelnen Graden der Einsetzung präterirt, so waren diese nichtig. Die anderen, von denen er instituirt oder exheredirt war, waren gültig.[8]

2. Auch seine Haustöchter und die unmittelbar in seiner Gewalt stehenden Enkel hatte der Testator zu instituiren oder zu exherediren. Aber ihre Exheredation mußte nicht nothwendig speciell geschehen, war vielmehr durch eine allgemeine Formel — inter ceteros — thunlich. Ferner machte die Präterition solcher sui das Testament nicht nichtig. Aber sie wurden auch nicht von der Erbschaft ausgeschlossen. Sie wurden vielmehr behandelt, als wären sie neben den Testamentserben eingesetzt: „adcrescunt". Waren die testamentarisch Eingesetzten sui, so erhielt der Akkrescirende einen Kopftheil,[9] waren sie Fremde, so halbirte man die Erbschaft und gewährte die eine Hälfte den Akkrescenzerben, die andere den Testamentserben.[10]

3. Wiederum anderes gilt für die postumi sui, d. h. alle Personen, die nach Errichtung des Testamentes in die unmittelbare Gewalt des Testators treten oder getreten wären, wenn der Testator nicht zwischen der Zeit ihrer Konception und ihrer Geburt gestorben wäre.

Es gehören dahin die nach der Testamentserrichtung Geborenen, ferner — postumorum loco — wer nachher durch Rechtsgeschäft, insbesondere Adoption, in die Gewalt des Testators trat, endlich zur Zeit des Testamentes zwar der Gewalt des Testators Unterworfene, welche

7) Gajus, Inst. II § 123, pr. I. de exheredatione liberorum 2, 13.

8) l. 3 § 6 D. h. t. 28, 2. War aber der Haussohn vom ersten Grade präterirt, vom zweiten exheredirt, so erhielt er eine bonorum possessio contra tabulas wider den ersten Grad. l. 8 § 5 D. de bon. poss. contra tab. 37, 4.

9) Waren mehrere Akkrescenzerben präterirt, so erhielten sie nach Karlowa römische Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 890 nur zusammen eine Virilportion. Litteratur über die Frage siehe dort.

10) Gajus, Inst. II § 124.

11) Ulpian. fragm. XXII § 18.

12) Vorsorgliche Institution und Exheredation der künftigen postumi galten aus dem formellen Grunde als ungültig, weil die postumi nicht in ihrer Eigenschaft als sui, denn das waren sie zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht, instituirt oder exheredirt waren. Das scheint arge Spitzfindigkeit. Es läßt sich aber auch etwas Rationelles dabei denken. Ist ein Kind da und in der unmittelbaren Gewalt des Testators, so sind die Anschauungen und Empfindungen bezüglich seiner oft beim Erblasser andere, als wenn es sich um die künftige Eventualität eines solchen handelt.

aber erst durch das Wegfallen des dazwischenstehenden Parens nach der Testamentserrichtung in ein unmittelbares Erbesverhältniß zum Testator treten.

Das Anwachsen eines postumus rumpirte das Testament, und zwar anfänglich rettungslos.[11] Der Testator konnte nämlich ursprünglich die Ruption auch nicht durch eine Institution oder Exheredation der künftigen postumi abwenden.[12] Jedoch wurde zuerst in einigen Fällen durch die Jurisprudenz, dann in anderen durch eine lex Junia Vellaea die vorsorgliche Institution und für die Regel auch die Exheredation künftiger postumi zulässig, womit die Ruption des Testamentes im Falle ihres Erscheinens abgewendet war.[13]

§ 144. Die bonorum possessio contra tabulas testamenti.[1]

Das formelle Notherbenrecht erfuhr durch das prätorische Edikt eine erhebliche Erweiterung.

1. Der Prätor gab die bonorum possessio contra tabulas testamenti nicht bloß im Falle der Präterition der sui — das war ohne Zweifel das Ursprüngliche —, vielmehr auch bei Präterition der anderen Kinder des Erblassers, denen er mittels der b. p. unde liberi das nächste Intestaterbrecht in Aussicht stellte, also namentlich der emancipirten Kinder des Erblassers.[2]

Die bonorum possessio contra tabulas setzte voraus, daß der Erblasser ein so beschaffenes Testament hinterließ, daß aus ihm eine bonorum possessio secundum tabulas agnoscirt werden konnte.[3] Ob das Testament civilrechtlich gültig war, kam für die b. p. contra tabulas nicht in Betracht.[4] Ferner war ihre nothwendige Voraussetzung Präterition eines der liberi.

---

13) Näheres hierüber in unseren früheren Auflagen.

1) Tit. Dig. de bonorum possess. contra tabulas 37, 4, Cod. de b. p. contra tabulas quam praetor liberis pollicetur 6, 12. Uhrig, Wirkungen der b. p. contra tabulas, Würzburg 1844.

2) Gajus, Inst. III § 71. l. 6 § 1 D. de b. poss. 37, 1, oben Bd. 3 § 130. Wäre der Grund des formellen Notherbenrechtes der sui ihr Miteigenthum am väterlichen Vermögen, so wäre dessen Ausdehnung auf emancipirte und andere aus der Gewalt getretene Personen unbegreiflich. Daß der Prätor die Ausdehnung durch die Fiktion der Rescission der capitis deminutio vermittelte, kann hieran wahrlich nichts ändern. Denn hierin liegt ein Mittel der juristischen Gestaltung, aber nimmermehr eine Erklärung. Ueber das Edikt vgl. Lenel, edictum S. 273.

3) Man sah hierbei auf den Augenblick des Todes des Erblassers, so daß die b. p. contra tabulas als begründet galt, auch wenn nach dem Tode des Erblassers sämmtliche eingesetzte Erben verstorben waren, ohne angetreten zu haben, l. 19 D. h. t. 37, 4.

4) Nichtigkeit des Testamentes wegen Präterition eines Haussohnes steht der bon. poss. contra tabulas daher nicht entgegen, l. 16 D. de leg. praest. 37, 5.

Aber sie stand keineswegs bloß den präterirten Kindern offen, vielmehr nicht minder — commisso per alium edicto — den im Testamente eingesetzten Kindern, wenn ihnen nicht ihre volle Intestatportion zugedacht war.[5]

Dagegen waren die exheredirten Kinder des Erblassers von der bonorum possessio contra tabulas ausgeschlossen. Der Prätor forderte für die Exheredation bezüglich des männliches Geschlechtes, daß sie nominatim geschehen war, und begnügte sich nur bei Weibern mit der Vornahme in Bausch und Bogen — inter ceteros.[6]

2. Der Kontratabulant erlangte durch die b. p. contra tabulas seine Intestatportion.

Doch bildete sie keine Intestaterbfolge. Denn:

a) die Exheredationen blieben in Kraft. Daher wuchsen die Erbportionen der nichtexheredirten Kinder.[7]

b) Pupillarsubstitutionen erhielten sich.[8]

c) Das edictum de legatis praestandis bestätigte endlich Vermächtnisse zu Gunsten der Descendenten und der Ascendenten des Erblassers bis auf den Betrag eines Kindestheiles der Kontratabulanten, sowie das Legat der Rückerstattung der Dos oder ihres Aequivalentes an die Ehefrau des Erblassers.[9]

Soweit sie einem präterirten Hauskinde des Erblassers zur Last fallen, dessen Präterition die civilrechtliche Nichtigkeit des Testamentes zur Folge hatte, waren auch solche Vermächtnisse ungültig.

3. Wurde die bonorum possessio contra tabulas nicht rechtzeitig agnoscirt, so waren die Testamentserben zum Erwerb der b. p. secundum tabulas befugt.[10]

Dieselbe war cum re, wenn ein bloß prätorischer Notherbe präterirt

---

5) l. 3 § 11 D. h. t. 37, 4, l. 8 § 14 D. eod.

6) l. 8 pr. ff. D. h. t. 37. 4, § 3 J. de exhered. liberorum 2, 13. War ein prätorischer Notherbe unter einer Bedingung eingesetzt, so erhielt er bonorum possessio secundum tabulas, fiel die Bedingung aus und war er nicht für diesen Fall exheredirt, die b. p. contra tabulas, l. 3 § 13 D. h. t. 37, 4.

7) Hatte der Erblasser einen Haussohn präterirt, einen Emancipirten exheredirt, so war das Testament civilrechtlich nichtig. Auch in diesem Falle erhielt der Exheredirte keine bonorum possessio contra tabulas, wohl aber wurde ihm eine solche ab intestato gewährt, welche der Prätor bis zur Hälfte des Nachlasses schützte, l. 32 D. de liberis 28, 2, l. 12 § 5 D. de bonis libert. 38, 2, l. 20 D. h. t. 37, 4. Schmidt a. a. O. S. 103. In dem Falle der civilen Nichtigkeit des Testamentes waren also die Exheredationen schließlich doch ohne Wirkung.

8) l. 34 § 2 D. de vulg. et pupillari substitutione 28, 6.

9) Tit. Dig. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita 37, 5.

10) l. 2 pr. D. de bonorum possessione secundum tabulas 37, 11. Das Nähere siehe bei Vangerow Bd. 2 § 473, Schmidt a. a. O. S. 126.

war, und in mehreren Fällen auch, wenn es sich um die Präterition eines suus handelte.

Die Ungültigkeit wegen Präterition der liberi hatte hiernach einen bloß relativen Charakter, d. h. sie bestand nur zu Gunsten der Kinder des Erblassers, nicht aber zum Vortheil von Dritten.

§ 145. Absterben des alten formellen Notherbenrechtes.

Das alte Recht, wonach der Testator seine sui und seine liberi instituiren oder exherediren mußte, ging in die justinianische Gesetzgebung mit seinen Details und Verwickelungen über.

Es erfuhr sogar eine erhebliche Verschärfung durch Justinian, da derselbe für alle sui ohne Unterschied des Geschlechtes namentliche Enterbung forderte und an die Präterition aller sui, auch der Weiber, Nichtigkeit des Testamentes knüpfte.

Dies entsprang dem Lieblingsgedanken Justinians, daß die Frauen den Männern gleichzuachten seien, und diente auch dem Bestreben der Vereinfachung des Rechtes.[1]

Die Annahme ist jedoch nicht zu kühn, daß die ganze Legislation Justinians über das formelle Notherbenrecht mehr auf dem Papiere stand, als in das Leben überging, und daß man in der Praxis seiner Zeit auf nichts Anderes als auf die Hinterlassung des Pflichttheiles achtete. Paßten doch die alten Formvorschriften zu Gunsten der agnatischen und quasiagnatischen Descendenten nicht zu einem Rechtssysteme, in welchem die Erbeseinsetzung an eine bestimmte Weise der Erklärung nicht mehr gebunden war, und nach welchem nicht bloß agnatische, sondern auch kognatische Descendenten den Ascendenten beerbten.

Nur wenn man annimmt, daß es sich um eine halbvergessene, in der Praxis verschollene Sache handelte, erklärt es sich, daß Justinian in seiner Novellengesetzgebung, welche sich an die Praxis enger anschloß, als seine frühere Gesetzgebung, des alten formellen Notherbenrechtes nicht mehr gedenkt, nicht in der Novelle 18 und vor Allem nicht in der Novelle 115.

Man streitet darüber, ob die Novelle 115 das alte formelle Notherbenrecht beseitigt habe — Derogationssystem[2] —,

---

1) l. 4 C. de liberis praeteritis 6, 28, § 5 I. de exheredatione liberorum 2, 13.

2) Für das Derogationssystem waren schon die Basiliken lib. 39 tit. 2 und die Scholien dazu, nicht minder die Glosse zu den Authentiken „non licet" und „ex causa" E. de liberis praeteritis. Für dasselbe erklärte sich neuerdings u. A. Francke, Notherbenrecht S. 354. Die entgegengesetzte Ansicht vertraten u. A. Cujacius — siehe die bei Francke S. 356 angeführten Stellen — und unter den Neueren Van-

oder ob sie nur Zusätze zum alten Rechte machte — Additionalsystem.

Das Erstere, also die Aufhebung des alten Rechtes, ist anzunehmen.

Eine absolute Unvereinbarkeit der Vorschriften des alten Rechtes mit den Bestimmungen der Novelle 115 liegt allerdings nicht vor und ausdrücklich sind jene Vorschriften nicht aufgehoben. Daher scheint es, als sei deren fortdauernde Geltung anzunehmen, da korrektorische Gesetze strikt zu interpretiren sind.

Aber hier liegt der Fall doch ganz besonders. Das alte Notherbenrecht war innerlich überlebt. Es wird mehrfach in Gesetzen übergangen, wo man die nächste Veranlassung gehabt hätte, seiner zu gedenken, wenn man es hätte erhalten wollen. In diesem besonderen Falle ist in dem Schweigen des Gesetzgebers eine Anerkennung zu erblicken, daß das Institut dem praktischen Rechte nicht mehr angehören solle.[3]

B.G.B. hat das formelle Notherbenrecht nicht aufgenommen.

Zweites Kapitel.

Das Pflichttheilsrecht und die Novelle 115.

I. Die geschichtliche Entwickelung des Pflichttheilsrechtes.

§ 146. Der Pflichttheil im Allgemeinen.

Pflichttheil — portio legitima — ist der nahestehenden Verwandten, welche zugleich die Intestaterben des Erblassers wären, gebührende Betrag eines Theiles ihrer Intestatportion.

Eine derartige Zuwendung galt ohne Zweifel in Rom seit alter Zeit als Verwandtenpflicht — officium. Ursprünglich bestand staatlicher Zwang zu derselben nicht, der Einfluß der Familiengenossenschaft und der Druck der öffentlichen Meinung war indessen stark genug, für die Regel die Erfüllung zu sichern.

---

gerow Bd. 2 § 486 S. 297. Bei Francke und Vangerow finden sich Litteraturangaben. Reicher noch giebt solche Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 308. Neuerdings hat sich für das Derogationssystem mit Rücksicht auf die Novelle 18 Leist bei Glück, die Bücher 37 und 38 Theil 3 S. 178 ausgesprochen.

3) Von diesem Standpunkte aus verliert der Einwand von Schmidt a. a. O. S. 185 seine Kraft, daß die Annahme stillschweigender Beseitigung eines „seit alten Zeiten im römischen Leben eingewurzelten Institutes" mißlich sei. Schmidt selbst nimmt Ausmerzung des alten formellen Notherbenrechtes durch die deutsche Praxis an.

Als aber seit der letzten Zeit der Republik diese Faktoren an Kraft einbüßten und die Testirfreiheit häufiger mißbraucht wurde, machte man, was früher bloße Verwandtenpflicht gewesen war, auch zur Rechtspflicht. Diese Neuerung geschah aus dem Schooße des Volkes heraus durch das große Volksgericht der Centumvirn, welches in Erbschaftsprozessen Recht sprach.

Doch gab man dem pflichtwidrig Uebergangenen keine Klage, womit er den Pflichttheil direkt einfordern konnte. Man erreichte das Ziel vielmehr auf einem Umwege, durch die querella inofficiosi testamenti. Mit ihr ist daher die Entwickelung des Pflichttheilsrechtes auf das Engste verknüpft.

§ 147. Die querella inofficiosi testamenti.[1]

Die querella inofficiosi testamenti war ursprünglich und noch in der klassischen Zeit das einzige Rechtsmittel, durch welches Pflichttheilsberechtigte gegen Verletzung durch pflichtwidrige Testamente reagiren konnten.

Man streitet darüber, ob diese Querel eine Unterart der hereditatis petitio sei oder ein selbständiges Rechtsmittel. Hierauf ist zu antworten: Von vornherein verwendete man die hereditatis petitio ab intestato, um den im Pflichttheile Verletzten zu helfen. Im Laufe der Entwickelung hat sich aber die Querel zu einem eigenen, von der gewöhnlichen Erbschaftsklage sehr verschiedenen Rechtsmittel gestaltet.[2]

Höchst eigenthümlich war die Weise, in der man die Klage begründete. Zu der Zeit, als man die Querel einführte, war der Kläger, welchem der Pflichttheil nicht hinterlassen war, rechtlich nicht verletzt, denn die alte Zeit kannte kein Recht auf den Pflichttheil. An Stelle des Rechtspunktes setzte man daher den Ehrenpunkt. Der Verletzte beschwerte sich über die Unbill,[3] die seiner Person dadurch zugefügt sei, daß ihm der

---

1) Tit. Dig. de inofficioso testamento 5, 2, Inst. 2, 18, Cod. 3, 28. Hartmann über die querella inofficiosi testamenti nach klassischem Rechte 1864, Vangerow Bd. 2 § 478, Brinz Bd. 3 S. 249, Unzner, die querella inofficiosi testamenti nach dem Rechte vor der Novelle 115, 1891, Eisele zur querela inofficiosi in d. Savignyzeitschrift Bd. 15 rom. Abth. n. 6.

2) Die Querel wird mehrfach als „hereditatis petitio" bezeichnet, so namentlich l. 34 C. h. t. 3, 28 und l. 20 D. h. t. 5, 2. An anderen Orten dagegen werden querella inofficiosi und hereditatis petitio geradezu in Gegensatz gesetzt, Pauli sent. IV, 5 § 4. Das sind keine wahren Widersprüche. Betont man mehr den Ursprung und eine gewisse allgemeine Aehnlichkeit des Zweckes, so kann man die Querel der hereditatis petitio unterstellen. Kommt es darauf an, das specifische Rechtsmittel zu charakterisiren, so tritt der Gegensatz hervor.

3) Die Quellen sprechen daher häufig von der „injuria", welche in der Nicht-

Testator, trotz der nahen Verwandtschaft, nichts oder Unzureichendes zugewendet habe.

Daran reihte sich die weitere Behauptung des Klägers, daß der Testator, welcher ihn so grundlos an der Ehre kürzte, nicht recht bei Sinnen war.[4] Auf dieses doppelte Fundament baute sich schließlich sein Ansuchen, ihm als Intestaterben seine Intestatportion zuzusprechen.

Das Petitum ist, genau besehen, wesentlich ein anderes, als das einer Erbschaftsklage.

Mit der Erbschaftsklage verlangt der nicht besitzende Erbe vom besitzenden Nichterben Herausgabe der ihm gebührenden Nachlaßobjekte auf Grund der Anerkennung seines zu Recht bestehenden Erbrechtes.

Mit der Querel dagegen fordert der Pflichttheilsberechtigte gegenüber dem Testamentserben Rescission des Testamentes bis zur Höhe seiner Intestatportion. Eine Verurtheilung zur Herausgabe von Nachlaßsachen schließt sich oft, aber keineswegs immer an.

Die Erbschaftsklage bezweckt also Verwirklichung eines Rechtes, welches besteht, die Querel Begründung eines Rechtszustandes, wie er sein soll.[5]

---

zuwendung des Pflichttheils liege, l. 4, l. 8 pr. D. h. t. 5, 2, sowie von der „indignatio“ des Pflichttheilsberechtigten, l. 22 pr. D. h. t. 5, 2. Schröder, Notherbenrecht S. 382.

4) Die Rescission des Testamentes geschieht „sub colore insaniae“ des Erblassers, l. 2 D. h. t. 5, 2, l. 5 D. eod., pr. J. h. t. 2, 18. Jedoch bemerken die Pandektenjuristen, daß der pflichtwidrig Testirende keinesfalls als wirklich wahnsinnig gelte, weil dann das Testament ohne Weiteres und zu Gunsten eines Jeden nichtig wäre. Darin liegt eine richtige, aber erst der späteren Reflexion angehörige Bemerkung. Anfänglich wußte man sich gegen das pflichtwidrige Testament nicht anders zu helfen, als daß man es als dasjenige eines Wahnsinnigen angriff, und die Centumvirn rescindirten es, indem sie den Testator geradezu als geisteskrank erklärten. Erst als das Rechtsmittel eingebürgert und anerkannt war, untersuchte man den Grund, welcher, ursprünglich unentbehrlich, ohne Weiteres als richtig angenommen war, näher, und nunmehr fanden die Juristen, daß doch von einem wahren Wahnsinne des Testators nicht die Rede sei. Das konnte man jetzt erkennen, ohne um deswillen das in der Praxis feststehende Rechtsmittel in Frage zu stellen. Ein ähnlicher Entwickelungsgang läßt sich bei der Rechtsbildung durch die Praxis häufig beobachten. Andere Erklärungen des „color insaniae“, die zum Theil recht unbefriedigend sind, siehe bei Schröder a. a. O. S. 386.

5) Sehr wesentliche Verschiedenheiten der Querel von der hereditatis petitio sind unbestritten. Ueber manche streitet man aber. Denn einige Schriftsteller legen mit Recht das Hauptgewicht auf das, was sich aus dem eigenthümlichen Wesen der Querel ergiebt, andere dagegen erachten die Regeln der hereditatis petitio durchweg als maßgebend, soweit eine Abweichung nicht quellenmäßig verbürgt ist. Man formulirt gewöhnlich diese Frage so, ob die Querel eine hereditatis petitio beziehungsweise modificirte hereditatis petitio sei oder nicht. Vgl. Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 13 und die dort citirten Schriftsteller. Der Begriff einer „modificirten hereditatis petitio“ ist jedoch so vag, daß diese Fragestellung nicht entsprechend ist. Eisele a. a. O. unterstellt eine neben der Centumviralklage gesetzlich — durch eine lex Glicia l. 4 D. h. t. — eingeführte magistratische Cognition,

1. Klageberechtigt sind nahe Verwandte, welche Intestaterben wären und denen nicht einmal ein Viertel der Erbportion zugewendet ist,[6] ohne daß ein Grund zu solcher Mißachtung vorliegt.

Das Viertel stellte sich in der Praxis nach Analogie der lex Falcidia fest.[7] Welche Verwandte das Klagerecht haben, darüber schwankte die Praxis.[8] Dasselbe wurde kognatischen wie agnatischen Descendenten und Ascendenten gewährt, Geschwistern nur unter besonderen Voraussetzungen.[9]

Es kommt eine eigenthümliche successio in querellam vor.[10] Hat der Erblasser nämlich seinen nächsten Intestaterben und Pflichttheilsverwandten, z. B. seinen Sohn, nicht mit dem Pflichttheile ausgestattet, und kann oder will dieser die Querel nicht erheben, so geht sie auf den nächstfolgenden Intestaterben und Pflichttheilsverwandten über, z. B. den Enkel, falls auch diesem, und zwar grundlos, nichts hinterlassen ist.

2. Das Fundament der Querel ist die Beleidigung des Pflichttheilsverwandten, ihr Ziel Sühne durch Rescission des Testamentes; sie ist vindictam spirans. Hieraus erklären sich folgende Eigenthümlichkeiten:

a) Die Querel ist höchstpersönlich. Nur wenn sie bereits angestellt oder wenigstens vorbereitet ist, vererbt sie sich auf die Erben des Verletzten.[11]

b) Jede auch indirekte Anerkennung des Testaments schließt die Klage aus, weil sie ergiebt, daß die Beleidigung nicht tief geht.[12]

c) Die Klage verjährt in 5 Jahren von dem Erbschaftsantritte

---

welche das inofficiose Testament rescindirte und auch auf die Centumviralklage modificirend einwirkte. Dabei bleibt Vieles dunkel und bedenklich.

6) §§ 3 und 6 J. h. t. 2, 18, l. 8 §§ 6, 8, 9 D. h. t. 5, 2, l. 36 § 1 C. h. t. 3, 28.

7) Als Falcidia wird die Quart des Pflichttheilsberechtigten nicht selten bezeichnet, so l. 31 C. h. t. 3, 28. Vgl. Schröder a. a. O. S. 275.

8) l. 1 D. h. t. 5, 2.

9) Näheres unten § 149 Anm. 5.

10) l. 31 pr. D. h. t. 5, 2. Paulus libro singulari de septemviralibus judiciis. Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est: et placuit posse, ut fiat successioni locus, l. 14 D. eod.

11) l. 6 § 2, l. 7 D. h. t. 5, 2. Descendenten transmittiren die Querel nach der l. 34 C. h. t. 3, 28 von Justinian ohne Weiteres auf ihre Descendenten. Doch ist streitig, ob Bedingung dieser Transmission ist, daß der pflichttheilsberechtigte Descendent vor der Erklärung des Testamentserben verstarb. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 478 S. 265.

12) l. 8 § 10, l. 31 § 3 und § 4, l. 32 D. h. t. 5, 2.

durch den Testamentserben an gerechnet.[13] Denn so lange Unthätigkeit zeigt, daß die Beleidigung nicht schmerzt.

d) Die Querel ist ein subsidiäres Rechtsmittel.[14]

3. Da die Querel Rescission des Testamentes zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten bezweckt, so ergiebt sich bezüglich der Person des Klägers und des Beklagten nothwendigerweise weiter:

a) Auch wer im Besitze des Nachlasses ist, kann die Klage anstellen.[15]

b) Beklagbar sind Testamentserben sowie Universalfideikommissare und die Rechtsnachfolger dieser Personen. Es wird nicht gefordert, daß sie Nachlaßsachen besitzen.[16]

Die Legatare des pflichtwidrigen Testaments können zugleich mit den Testamentserben belangt werden, sowie auch freiwillig interveniren.[17] Selbständig mit der Querel verklagt werden können sie nicht.[18]

4. Die Rescission des Testamentes erfolgt in Höhe der Intestatportion des Klägers, also keineswegs bloß auf den Betrag seines Pflichttheils.[19]

Der Portion des Klägers wächst in Folge eines besonderen Anwachsungsrechtes die Intestatportion von anderen, gleichfalls mit Unrecht übergangenen Pflichttheilsberechtigten zu, welche die Querel nicht durchführen.[20]

Gegen jeden von mehreren Testamentserben ist besonders zu klagen. Das Testament wird durch das Urtheil nicht weiter rescindirt, als die

13) l. 16 C. h. t. 3, 28, l. 36 § 2 C. eod.

14) § 2 J. h. t. 2, 18.

15) Vgl. l. 8 § 13 D. h. t. 5, 2. Anders freilich Vangerow Bd. 2 § 478 S. 263. Er erachtet mit Unrecht die Grundsätze der her. petitio auch in dieser Hinsicht als maßgebend.

16) l. 8 § 10 D. h. t. 5, 2, l. 10 C. h. t. 3, 28. Es ist also keineswegs wie bei der hereditatis petitio Jeder belangbar, welcher den Nachlaß „pro herede" oder „pro possessore" besitzt. Die Querel ist natürlich gegen den Testamentserben erst zulässig, wenn derselbe die Erbschaft angetreten hat. Damit der Pflichttheilsberechtigte nicht durch Verzögerung des Antritts vom Testamentserben hingehalten werde, verordnete Justinian in der l. 36 § 2a C. h. t. 3. 28, daß sich der Testamentserbe binnen 6 Monaten, und wenn die Betheiligten in verschiedenen Provinzen leben, binnen 1 Jahre, vom Tode des Erblassers an gerechnet, über den Antritt zu erklären habe. Geschieht dies nicht, so wird der Testamentserbe zum Antritt vom Gerichte gezwungen. Ueber das Präjudiz, welches den Testamentserben treffen soll, sind jedoch die Meinungen sehr getheilt. Vgl. Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 12.

17) l. 29 pr. D. h. t. 5, 2, l. 14 pr. D. de appellat. 49, 1.

18) Anders Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 16, Unzner a. a. O. S. 43.

19) l. 22 C. h. t. 3, 28. Diocletianus et Maximianus .. eam de inofficioso testamento patris querentem, totam hereditatem obtinere posse non ambigitur.

20) l. 23 § 2 D. h. t. 5, 2. Paulus libro singulari de inofficioso testamento. Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri adcrescit, idemque erit et si tempore exclusus sit, l. 17 pr. D. eod.

testamentarische Erbportion des Beklagten reicht. Das Urtheil gegen den einen Testamentserben hat keine Rechtskraft gegen den anderen.[21]

Dagegen wirkt die Rescission innerhalb des bezeichneten Umfanges absolut, namentlich also gegen die Legate, welche auf der Portion des beklagten Testamentserben lasteten.[22] [23]

5. Wer die Querel anstellt und unterliegt, verliert als unwürdig alles, was ihm der Testator letztwillig zudachte.[24]

§ 148. Die Weiterentwickelung des Pflichttheilsrechtes.

I. Im Laufe der Zeit gestaltete sich der Anspruch auf den Pflichttheil zu einem festen Rechte der Verwandten. Der Gesichtspunkt der Ehrenkränkung durch die Nichthinterlassung galt später nicht mehr allein als entscheidend. Auch wenn ein Pflichttheilsverwandter erst nach dem Testamente zur Existenz kam und deshalb nicht in ihm berücksichtigt sein konnte, hatte er daher die Pflichttheilsrechte.[1]

Insbesondere suchte aber Justinian das Pflichttheilsrecht zu konsolidiren und zu erweitern.

1. Justinian gab den Pflichttheilsverwandten, welchen der Pflichttheil unvollständig hinterlassen war, eine selbständige Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles — die actio ad supplendam legitimam.[2]

2. Er verfügte, daß auf den Pflichttheil gelegte Belastungen nichtig seien.[3]

---

21) l. 15 § 2 D. h. t. 5, 2. Papinianus libro 14 quaestionum: Filius qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere. verum enim est familiae erciscundae judicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum. et ideo pars hereditatis in testamento remansit. nec absurdum videtur pro parte intestatum videri, l. 25 § 1 D. eod.

22) l. 8 § 16, l. 17 § 1, l. 28 D. h. t. 5, 2, l. 13 C. h. t. 3, 28. Darüber, daß dies durch die Kodicillarklausel nicht abgewendet wird, vgl. oben Bd. 3 § 95 Anm. 9. Ist das Testament ganz rescindirt, so fällt auch die in ihm angeordnete Pupillarsubstitution. Wird es theilweise rescindirt, so bleibt die Pupillarsubstitution in Kraft, l. 8 § 5 D. h. t. 5, 2.

23) Ueber den Fall, in welchem ein unrichtiges Urtheil die Rescission des Testamentes auf Grund der Klage eines Prätendenten ausspricht, welcher nicht der nächste Intestatberechtigte ist, vgl. l. 6 § 1 D. h. t. 5, 2. Ulpianus libro 14 ad edictum: Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit — nemo enim eum repellit — et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem. Vgl. hierzu l. 35 § 1 D. eod., Schröder a. a. O. S. 437.

24) l. 8 § 14, l. 22 § 1 D. h. t. 5, 2.

1) Vgl. unten Anm. 2.

2) l. 30, l. 31, l. 36 pr. C. h. t. 3, 28.

3. Er erhöhte den Pflichttheil in der nov. 18 bei 4 oder weniger Berechtigten auf $^1/_3$ und bei 5 oder mehr auf $^1/_2$ der Intestatportion des Berechtigten.

4. Er verlangte endlich in der nov. 115, daß Ascendenten ihre Descendenten und Descendenten ihre Ascendenten mit einer Erbeseinsetzung beehren müssen, und bestimmte die Unwürdigkeitsgründe, welche dem Testator die Enterbung verstatten, speciell und kasuistisch.

II. Nach B.G.B. § 2303 Abs. 1 besteht der Pflichttheil in der Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheils. Der Anspruch des Berechtigten ist ein reiner Geldanspruch.

II. Der Pflichttheil und das Recht auf Erbeinsetzung im gemeinen Rechte.

§ 149. 1. Pflichttheilsberechtigte Personen.

Das Pflichttheilsrecht setzt voraus:

1. ein Verwandtschaftsverhältniß. Berechtigt sind:

a) Descendenten jeden Grades; auch uneheliche Kinder gegenüber ihrer Mutter und deren Ascendenten.[1]

Existenz zur Zeit des Testaments wird nicht gefordert. Alle zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Descendenten desselben und sogar die damals im Mutterleibe befindlichen haben Pflichttheilsrecht, selbst wenn der Testator von ihrem Vorhandensein im Mutterleibe nichts wußte.[2]

Was adoptirte Kinder anlangt, so haben unvollkommen adoptirte die Pflichttheilsrechte nur gegen ihre natürlichen Verwandten, nicht gegen den Adoptivvater, obgleich sie ihm gegenüber intestaterbberechtigt sind, Adoptirte anderer Art haben, solange das Adoptionsverhältniß dauert, Pflichttheilsrecht nur gegen den Adoptivvater, nicht aber gegen ihren leiblichen Vater.[3]

b) Ascendenten jeden Grades haben Pflichttheilsrecht gegen ihre Descendenten.[4]

---

3) l. 32 C. h. t. 3, 28.

1) l. 4, l. 5 pr. D. h. t. 5, 2, l. 29 § 1 D. h. t.

2) l. 6 pr. D. h. t. 5, 2. Besondere Bestimmungen für den Fall des Versterbens der Mutter im Kindbett mit Hinterlassung des Kindes giebt l. 3 C. h. t. 3, 28.

3) l. 10 C. de adoptionibus 8, 47. vgl. Schmöle, Notherbenrecht des Adoptirten. Leipziger Inauguraldissertation 1888. Justinian entscheidet ausdrücklich, daß der plene adoptatus kein Pflichttheilsrecht gegen den leiblichen Vater hat. Es ist wohl nicht gerechtfertigt, diese Bestimmung, wie Manche thun — insbesondere Windscheid Bd. 3 § 579 Anm. 7, Schröder a. a. O. S. 328 — um deswillen als antiquirt anzusehen, weil Justinian das Intestaterbrecht des plene adoptatus gegen den leiblichen Vater neu gestaltet und verbessert hat.

4) Der leibliche Ascendent hat kein Pflichttheilsrecht gegen sein in vollkommener Adoption befindliches Kind. Vgl. l. 10 C. de adopt. 8, 47, oben Anm. 3.

c) Vollbürtige Geschwister sowie halbbürtige, die denselben Vater haben — consanguinei —, sind berechtigt, wenn ihnen eine bescholtene Person vorgezogen ist.[5] Halbbürtige Geschwister von der Mutter her — uterini — haben kein Pflichttheilsrecht.

2. In concreto hat aber nur Pflichttheilsrecht, wer ohne das Testament der nächste Intestaterbe wäre.[6]

Ist daher der nächste Intestaterbe des Erblassers nicht pflichttheilsberechtigt und der nächste pflichttheilsberechtigte Verwandte desselben nicht nächster Intestaterbe, so bestehen keine Pflichttheilsansprüche.[7]

In Folge der successio in querellam kann aber allerdings Jemand, der nicht nächster Intestaterbe ist, Pflichttheilsansprüche erhalten.[8]

3. Unwürdige Personen haben keinen Anspruch.[9]

4. Nach B.G.B. § 2303 sind pflichttheilsberechtigt die Abkömmlinge, die Eltern und der Ehegatte des Erblassers. Vorausgesetzt ist, daß sie in concreto die nächsten gesetzlichen Erben wären.

§ 150. 2. Der Betrag des Pflichttheiles.

I. Das alte Recht hatte den Pflichttheil einheitlich auf den bescheidenen Betrag eines Viertels der Intestatportion[1] gesetzt. Die Novelle 18 erhöhte ihn aber in übertriebener Weise und führte zugleich eine progressive Berechnung ein.

Der Grundgedanke der Novelle ist: wessen Intestatportion $1/4$ des Nachlasses oder mehr ausmacht, dessen Pflichttheil ist $1/3$ dieser Portion; wessen Intestatportion aber nur in $1/5$ des Nachlasses oder weniger besteht, dessen Pflichttheil beträgt $1/2$ dieser Portion.[2]

---

5) l. 27 C. h. t. 3, 28. Vgl. Schröder a. a. O. S. 257. Zu den personae turpes gehören öffentliche Dirnen. Die Verheirathung mit dem Erblasser stellt keineswegs unter allen Umständen ihren guten Ruf her, vielmehr kommt es hierbei auf die Lage des Falles an, R.G. Bd. 14 S. 187.

6) l. 6 pr. § 1 D. h. t. 5, 2.

7) Dahin gehören folgende Fälle: a) der Erblasser verstirbt mit Hinterlassung eines minus plene adoptatus und von Ascendenten oder von demselben Vater stammenden Geschwistern, ferner b) er verstirbt mit Hinterlassung vollbürtiger Neffen und eines halbbürtigen Bruders.

8) Oben § 147 Anm. 10.

9) Das Nähere unten § 154.

1) Vgl. oben Bd. 3 § 147 Anm. 7.

2) Dieses Princip wurde von Schömann, Handbuch Bd. 2 S. 75 aufgestellt und namentlich von Vangerow Bd. 2 § 475 Anm. S. 259 vertheidigt.

Dies gilt nicht bloß für Kinder und für Enkel,[3] sondern auch für Ascendenten und Geschwister des Erblassers.[4]

Der Pflichttheil ist für jeden Pflichttheilsberechtigten gesondert aus seiner Intestatportion zu berechnen. — Distributivberechnung. Er ist keineswegs, wie manche Aeltere annahmen, für alle Pflichttheilsberechtigte insgesammt aus dem gesammten Nachlaß auszuwerfen — Kollektivberechnung —, so daß sie sich dann in die ermittelte Summe zu theilen hätten.[5]

Für die Bestimmung der Intestatportion ist zu beachten:

a) Zur Ermittelung ihrer Höhe sind alle Personen mitzuzählen, welche Intestaterben geworden wären, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre.

Dahin gehört nicht, wer bei Lebzeiten des Erblassers gültig auf sein eventuelles Erbrecht verzichtete. Dagegen zählt mit auch der gültig Exheredirte.

Seine Einstellung mindert keineswegs den Pflichttheil immer. Sie kann vielmehr auch dessen Vergrößerung herbeiführen, nämlich dann,

3) Sehr bestritten ist die Quote des Pflichttheils der Enkel. Die ältere Ansicht — vgl. Glück Bd. 7 S. 55 — sah auf die Zahl der Stämme, so daß nur beim Vorhandensein von mehr als 4 Stämmen den Enkeln die Hälfte ihrer Intestatportion als Pflichttheil zugestanden wurde. Die jetzt herrschende Ansicht dagegen berechnet für jeden einzelnen Enkel den Pflichttheil besonders und gewährt ihm als Pflichttheil stets die Hälfte seiner Intestatportion, wenn diese kleiner ist, als ein Viertel des Nachlasses, Schröder a. a. O. S. 289. Außerdem bestehen Mittelmeinungen, die aber wenig konsequent sind. Vgl. übrigens Keller, Pandekten § 513.

4) Justinian handelt in der Novelle 18 zunächst von dem Pflichttheile der Kinder. Auf Descendenten beschränkte daher Julian in seinem Novellenauszug die Pflichttheilserhöhung. Und diese Beschränkung hat namentlich Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 1 n. 11 und Bd. 5 n. 12 vertheidigt. Aber gegen sie spricht die allgemeine Ausdehnungsklausel am Schlusse des cap. 1 der Novelle 18, die zu einer Beschränkung auf Enkel eine Handhabe nicht bietet. Auf die Erhöhung des Pflichttheils der Ascendenten spielt auch die nov. 89 cap. 12 § 3 an, wo hinsichtlich desselben bemerkt ist, „quam lex et nos constituimus“. Vgl. Keller a. a. O., Schröder a. a. O. S. 276.

5) Die Fassung der Novelle 18 spricht allerdings zu Gunsten der Kollektivberechnung. Sie verordnet, den Kindern solle nicht bloß $^1/_4$, sondern $^1/_3$ beziehungsweise die Hälfte des Vermögens hinterlassen werden. Doch hierin ist bloß eine ungenaue Redeweise zu sehen. Justinian wollte die Höhe des Pflichttheils vermehren, keineswegs aber das bisherige Princip seiner Berechnung umstoßen. Würde doch die Kollektivberechnung unter Umständen zu höchst absonderlichen Resultaten führen. Wächter, Pandekten Bd. 2 S. 830 Anm. 6 giebt folgendes Beispiel: Der Erblasser hat 30,000 im Vermögen, hinterläßt seinen Vater und 4 Brüder, setzt den Vater auf den Pflichttheil und ernennt unter Uebergehung seiner Brüder eine nicht unwürdige Person zum Erben auf das Uebrige. Hier ist der Intestaterbtheil des Vaters = 6000 und sein Pflichttheil nach der Distributivberechnung = 3000. Nach der Kollektivberechnung aber betrüge der Pflichttheil, da die Zahl der Intestaterben 5 ist, die Hälfte des Nachlasses, also 15,000, und diese Summe würde, da die Brüder des Erblassers in concreto nicht pflichttheilsberechtigt, dem Vater allein als Pflichttheil anheimfallen! Vgl. auch Zachariä v. Lingenthal in d. Savigny-Ztschr. rom. A. Bd. 13 S. 12.

wenn der Exheredirte zu 4 Pflichttheilsberechtigten hinzukommt. Wäre der Exheredirte hier nicht zu zählen, so betrüge der Pflichttheil jedes Einzelnen ein Drittel der Intestatportion, also $^1/_{12}$ des Nachlasses. Da er mitgezählt wird, so ergiebt sich als Intestatportion ein Fünftel, und der Pflichttheil beträgt dessen Hälfte, also $^1/_{10}$ des Nachlasses.

Daher der Spruch: „exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam“.[6] [7]

b) Zur Ermittelung des Werthes der Intestatportion ist die Todeszeit des Erblassers zu Grunde zu legen.[8]

Die Schätzung der Erbschaftsaktiven hat nach ihrem gemeinen Werthe zu erfolgen, Erbschaftsschulden und Beerdigungskosten sind abzuziehen. Die Kosten der Liquidation des Nachlasses bleiben außer Betracht.[9]

c) Der Pflichttheilsberechtigte kann von dem Testamentserben Vorlegung eines Inventars über den Nachlaß und eidliche Manifestation desselben fordern. Er kann diesen Anspruch in besonderer Klage geltend machen, aber auch mit der Querel oder der Pflichttheilsergänzungsklage verbinden.[10]

II. Nach B.G.B. § 2303 beträgt der Pflichttheil stets die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheils. Es findet Distributivberechnung statt. Bei der Berechnung des Pflichttheils werden die Enterbten, die Erbunwürdigen sowie diejenigen mitgezählt, die die Erbschaft ausgeschlagen haben, nicht aber wird mitgezählt, wer durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 2310). Der Berechnung wird der Bestand und der Werth des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zu Grunde gelegt (§ 2311). Der Erbe hat dem Pflichttheilsberechtigten auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu ertheilen (§ 2314).

§ 151. 3. Die Formen der Zuwendung des Pflichttheiles.

1. Der Erblasser muß den Pflichttheil aus seinem Vermögen gewähren. Was er dem Pflichttheilsberechtigten aus fremdem Vermögen verschafft, kommt nicht in Betracht.[1]

---

6) l. 8 § 8 D. h. t. 5, 2. Schröder a. a. O. S. 280.

7) Mitzuzählen ist auch die arme Wittwe, da sie Erbin ist — oben Bd. 3 § 137. — Vgl. Schröder a. a. O. S. 284.

8) l. 6 C. h. t. 3, 38.

9) l. 8 § 9 D. h. t. 5, 2, R.G. bei Bolze 1 n. 1341.

10) R.G. bei Bolze Bd. 3 n. 886 und 887.

1) l. 36 § 1 b C. h. t. 3, 28. Justinianus: Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex jure adcrescendi, puta usus fructus: humanitatis etenim

2. Die Zuwendung kann geschehen:

a) durch Verfügung von Todeswegen, insbesondere durch Erbeseinsetzung und Vermächtnisse, nicht minder durch Schenkungen von Todeswegen;[2] [3]

b) durch Gewährung einer Dos, in Rom auch einer propter nuptias donatio und militia.[4]

Heutzutage ist die Ausstattnng richtiger Ansicht nach an die Stelle getreten.[5]

c) durch Schenkungen unter Lebenden, welche mit der Bestimmung der Einrechnung in den Pflichtteil gegeben wurden.[6] [7]

Nach B.G.B. § 2315 hat sich der Pflichttheilsberechtigte auf den Pflichttheil anrechnen zu lassen, was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, daß es auf den Pflichttheil angerechnet werden soll. Hierhin kann auch eine Ausstattung gehören. Der Werth der Zuwendung wird bei der Bestimmung des Pflichttheils dem Nachlasse hinzugerechnet. Der Werth bestimmt sich nach der Zeit, zu welcher die Zuwendung erfolgt ist.

3. In Gemäßheit des kanonischen Rechtes war die Falcidische Quart des Testamentserben nicht in seinen Pflichttheil einzurechnen. Es lag hierin eine bedeutende Erweiterung der Rechte der Pflichttheilsberechtigten, welche die gemeinrechtliche Praxis recipirt hat.[8]

---

gratia sancimus ea quidem omnia quasi jure adventitio eum lucrari repletionem autem ex rebus substantiae fieri.

2) § 6 I. de inofficioso testamento 2, 18.

3) Auch was der Pflichttheilsberechtigte auf Grund einer letztwilligen Verfügung des Testators condicionis implendae causa erhält, ist richtiger Ansicht nach einzurechnen. Hierfür spricht l. 8 § 10 D. h. t. 5, 2, l. 3 § 19 D. de bon. libert. 38, 2. Anders ist die herrschende Meinung, welcher auch Schröder a. a. O. S. 329 folgt. Dort siehe die Litteratur.

4) l. 29 C. h. t. 3, 28, l. 30 § 2 C. eod. Vgl. Schröder a. a. O. S. 307.

5) Seuffert, Archiv Bd. 25 n. 249. Die derzeit herrschende Ansicht stimmt hiermit nicht überein.

6) l. 25 pr. D. h. t. 5, 2, l. 35 § 2 C. h. t. 3, 28. Daß Alles, was zu konferiren sei, in den Pflichttheil eingerechnet werden müsse, verwirft l. 20 § 2 C. de collationibus 6, 20. Vgl. Arndts § 594 Anm. 3.

7) Zuwendungen unter Lebenden, welche in den Pflichttheil eingerechnet werden, müssen, weil sie eben wie aus der Erbschaft hinterlassen behandelt werden, andererseits dem Erbvermögen zugerechnet werden, um den Werth der Intestatportion und den Betrag des schuldigen Pflichttheils zu bestimmen. Unger, System Bd. 6 § 81 Anm. 11, Windscheid Bd. 3 § 581 Anm. 3.

8) cap. 16, 18 X. de testamentis 3, 26; Seuffert, Archiv Bd. 5 n. 41, Bd. 13 n. 106; Windscheid Bd. 3 § 652 Anm. 5; Schröder a. a. O. S. 502.

§ 152. 4. Pflicht der Erbeseinsetzung von Descendenten und Ascendenten.

1. Gemäß der Novelle 115 muß der Testator nicht bloß seine pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten mit ihrem Pflichttheil bedenken, er muß sie vielmehr auch durch Einsetzung als Erben ehren.[1]

Damit ist nicht gemeint, daß er sie auf ihren vollen Pflichttheil zu Erben einsetzen müßte. Es genügt vielmehr Erbeseinsetzung auf ein Minimum, wenn der Pflichttheil nur anderweit gewährt ist. Erbeseinsetzung auf eine bestimmte Sache oder Summe ist gleichfalls ausreichend, wie die Novelle ausdrücklich erklärt.[2]

Streitig ist die Behandlung bedingter Erbeseinsetzungen, da hierüber die Novelle nichts bestimmt. Das Richtige ist, daß Erbeseinsetzung unter einer Potestativbedingung ausreicht,[3] daß andere Bedingungen dagegen wie nicht zugefügt gelten.[4]

2. Das Gebot Justinians, Descendenten nnd Ascendenten mit einer Erbeseinsetzung zu ehren, war schon zu Justinians Zeit ein Anachronismus. Bestanden doch schon in der christlichen Kaiserzeit keine bestimmten Wortformen mehr für die Erbeseinsetzung, in deren Gebrauch man etwa eine besondere Ehrenerweisung für den Honorirten hätte sehen können. Vollends in Deutschland fehlt aber jede Empfindung dafür, daß die Ernennung als Erbe eine besondere Ehre bilde.

In der Praxis half man sich über das Unbegreifliche der Vorschrift und ihre Härten dadurch hinweg, daß man in jeder letztwilligen Zuwendung an den Descendenten oder Ascendenten im Zweifel eine Erbeseinsetzung, eventuell auf eine bestimmte Sache, sah[5] und annahm, daß der Vorschrift der Novelle damit Genüge geleistet sei.[6]

---

1) nov. 115 cap. 3 und 4, cap. 5.

2) nov. 115 cap. 1 pr.: Si vero heredes nominati fuerant, etsi certis rebus contenti esse jubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus: quod vero illis minus legitima parte relictum est hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur. Una est enim serenitatis nostrae cura, ut injuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollamus.

3) So Vangerow Bd. 2 § 484 S. 284. Windscheid Bd. 3 § 588 Anm. 6 will dies nur für die „auf den nackten Willen" gestellten gelten lassen.

4) Das ist analog der Vorschrift der l. 32 C. de inofficioso test. 3, 28 anzunehmen. Auch das R.G. Bd. 17 S. 124 hat sich hierfür erklärt. Andere erachten bedingte Erbeseinsetzungen für nichtig. Die Litteratur siehe bei Windscheid Bd. 3 § 588 Anm. 4.

5) Von Einfluß auf die gemeinrechtliche Praxis waren, wie so oft, die kursächsischen Konstitutionen von 1572, welche p. III const. 9 zwar die Erbeseinsetzung der Kinder und der Eltern forderten, aber zufügten, „jedoch, wenn der Erblasser in

3. Bei Erbverträgen glaubt man von der Verpflichtung, die Descendenten und Ascendenten zu Erben einzusetzen, ganz absehen zu können.[7]

4. Dem B.G.B. ist eine Verpflichtung des Erblassers, die Pflichttheilsberechtigten als Erben einzusetzen, unbekannt.

§ 153. 5. Die Enterbungsgründe.

1. Die Novelle 115 hatte die Gründe, welche den Erblasser berechtigen, seinen Descendenten und seinen Ascendenten den Pflichttheil und die Ehre der Erbeseinsetzung zu versagen — die s. g. Enterbungsgründe —, genau specialisirt. Es sind 14 bezüglich der Ausschließung der Descendenten und 8 hinsichtlich der Ascendenten.[1] Sie beruhen theils in Ver-

---

seinem Willen verba communia und solche Worte gebrauchte, die sie zur Einsetzung eines Erben ziehen möchten, so soll es soviel sein, als wären die Kinder oder die Eltern damit direkt zu Erben verordnet und eingesetzt. Und obwohl die Rechtslehrer weitläufig davon handeln, welche Worte solcher Kraft und Wirkung sein möchten, dennoch sind unsere Verordnete dessen einig, daß im Zweifel die verba communia pro institutione directa gehalten werden, damit die Testamente, so an sich selbst favorabilia sein, bei Kräften erhalten werden." Allerdings kommen Entscheidungen vor, in denen Testamente für ungültig erklärt werden, weil die legitima nicht titulo institutionis hinterlassen sei. So bei Stryk, usus modernus 28, 2 § 5. Andererseits fehlte es aber nicht an Schriftstellern, welche geradezu leugneten, daß die Novelle die Erbeseinsetzung fordere. Hierüber bemerkt Leyser, med. spec. 356 med. 1: Sed parum abest, quin tota haec disputatio in logomachiam abeat. Si ipsi quippe qui heredis institutionem requirunt addunt, vocem heredis et hereditatis non desiderari, sed verba qualiacunque sufficere et ad heredis institutionem trahi. Ita vero raro et fere nunquam continget ut filius, cui quid in testamento patris relinquitur heres in eo institutus dici nequeat. Siehe weiter Leyser a. a. O. med. 3 und 9.

6) In unserem Jahrhundert erst pflegen die Romanisten die Vorschriften der Novelle vorzutragen, ohne auf deren innere Hohlheit aufmerksam zu machen und ohne auf die seit Jahrhunderten bestehende deutsche Praxis hinzudeuten. Daher konnte selbst Wächter, Vorlesungen Bd. 2 S. 841 lehren: Wenn der Erblasser sagt: „meine Tochter setze ich zur Erbin ein, sie soll aber meinem Sohne doppelt soviel, als sein Pflichttheil beträgt, als Vermächtniß geben", so ist der Sohn nicht rite instituirt. Würde aber der Erblasser sagen: „meine Tochter setze ich zur Erbin ein, mein Sohn soll mein Reitpferd erben, und meine Tochter soll ihm, was zum Pflichttheil fehlt, noch als Vermächtniß zahlen", so ist rite testirt. — Die alten gemeinrechtlichen Juristen hätten in beiden Fällen eine Einsetzung ex re certa unterstellt, und das war praktisch und vernünftig. Für Windscheid freilich Bd. 3 § 588 Anm. 1 liegt nur eine „Behauptung" Dernburgs vor. Die romanistische Lehre hat allerdings auf die neuere Praxis zum Theil Einfluß gewonnen — vgl. Wendt, Pand. § 358 n. 6, Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 62 — aber keineswegs allgemein. — Daß man sich auch in Griechenland noch mit der Einsetzungspflicht gemäß Harmenopulos und den Basiliken abquält, darüber vgl. Hofmann, kritische Studien S. 208.

7) R.G. Bd. 11 S. 216.

1) Die Enterbungsgründe sind in der Novelle 115 zum Theil ungeschickt und zweideutig formulirt. Vieles ist daher streitig, z. B. bei manchen Enterbungsgründen, ob sie bloß Söhne oder auch Töchter treffen sollen. Das Folgende bezweckt eine kurze Skizzirung der einzelnen Gründe zur Uebersicht. Eine genaue Fixirung ihres juristischen Thatbestandes würde umständliche Erörterungen fordern, die hier zu weit führen würden. Als enterbungswürdige Vergehen der Descendenten sind bezeichnet:

gehen gegen die Person des Erblassers, theils in sonstigem Unrecht. Eine Vermehrung der Gründe ist unstatthaft, extensive Interpretation derselben aber unumgänglich.[2]

Alle setzen Verschuldung voraus; Verzeihung des Erblassers vor der Errichtung seines Testamentes beseitigt ihre Kraft.[3]

Die Ausschließung der Descendenten und Ascendenten ist dadurch bedingt, daß der Enterbungsgrund im Testamente ausdrücklich angeführt wurde,[4] und daß er im Streitfalle vom Testamentserben bewiesen wird.[5] Eine ausdrückliche Enterbung wird dagegen nicht gefordert.

2. Die Gründe, aus denen der Erblasser seinen Geschwistern den Pflichttheil versagen darf, sind nicht besonders gesetzlich festgestellt. Das richterliche Ermessen hat daher über deren Würdigkeit frei zu befinden.[6]

3. S. g. Enterbung in guter Absicht — exheredatio bona

---

1. Thätlichkeiten gegen die Eltern; 2. schwere Beleidigung und 3. Erhebung von peinlichen Anklagen gegen dieselben, ausgenommen wegen Majestätsbeleidigung und Landesverrath; 4. Affiliirung in einer Giftmischerbande; 5. Lebensnachstellung gegen die Eltern; 6. Beischlaf des Sohnes mit seiner Stiefmutter oder der Konkubine seines Vaters; 7. kalumniose Angeberei der Eltern zu deren schweren Schaden durch den Sohn; 8. Weigerung der männlichen vermögenden Descendenten, durch Bürgschaft ihre Ascendenten einer Gefängnißhaft zu entledigen; 9. Verhinderung des Ascendenten am Testiren; 10. Gewerbe als Gaukler oder Schauspieler wider Willen der Eltern, wenn diese nicht demselben Beruf zugehören; 11. unsittlicher Lebenswandel der Tochter; sie ist entschuldigt, wenn die Eltern für keine passende Ehe bis zu ihrem 25. Jahr sorgten und sie dann liederlich wird; 12. Verlassen der Eltern in Geisteskrankheit; 13. Nichtloskauf der Ascendenten aus Gefangenschaft durch Descendenten, die mindestens 18 Jahre alt sind; 14. Ketzerei. — Enterbungswürdige Vergehen der Ascendenten sind: 1. Anzeige der Descendenten wegen todeswürdiger Verbrechen, ausgenommen wegen Majestätsbeleidigung; 2. Nachstellung nach dem Leben des Descendenten; 3. Beischlaf mit der Ehefrau oder der Konkubine des Sohnes; 4. Verhinderung des Descendenten am Testiren; 5. Vergiftung der eigenen Ehefrau; 6. Vernachlässigung des Descendenten in Geisteskrankheit; 7. Unterlassen seines Loskaufs aus der Gefangenschaft; 8. Ketzerei. — Der Enterbungsgrund der Ketzerei ist natürlich antiquirt. Vgl. überhaupt Buchholz in seinen juristischen Abhandlungen 1833 Abh. 6, Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 140. Die Enterbungsgründe nach B.G.B. siehe §§ 2333 bis 2335 das.

2) Nov. 115 cap. 3 pr. Eine extensive Interpretation hat z. B. R.G. Bd. 15 S. 165 vorgenommen.

3) Die nach Errichtung des enterbenden Testaments erfolgte Verzeihung hebt dasselbe nicht auf. Es bedarf vielmehr der Zurücknahme des Testaments in den gewöhnlichen Formen, R.G. Bd. 18 S. 167, Vangerow Bd. 2 § 484 S. 288. Anders Windscheid Bd. 3 § 590 Anm. 16, B.G.B. § 2337.

4) Ebenso B.G.B. § 2336 Abs. 2. Es ist zuläſſig, im Voraus für den Fall daß künftig ein gewisser Enterbungsgrund eintreten wird, eine Enterbung auszusprechen.

5) Uebereinstimmend B.G.B. § 2336 Abs. 3: Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht.

6) Vgl. Schröder a. a. O. S. 349. Auch den Geschwistern gegenüber hat der Testamentserbe die behauptete Unwürdigkeit nach richtiger Ansicht zu beweisen.

mente —[7] ist zulässig, d. h. der Erblasser kann die Erbeseinsetzung seiner Notherben und die Zuwendung des Pflichttheiles an sie dann unterlassen, wenn dies im Interesse des Pflichttheilsberechtigten selbst oder seiner Familie liegt. Dies namentlich im Falle der Ueberschuldung des Pflichttheilsberechtigten oder übermäßigen Hanges zur Verschwendung. Die zu seinem Lebensunterhalte erforderlichen Einkünfte seines Pflichttheils müssen ihm nothwendig zugewendet werden.[8]

Auch dem B.G.B. ist die Enterbung in guter Absicht bekannt, vgl. § 2338.

§ 154. 6. Die Querel nach der Novelle 115.

Bis zur Novelle 115 hatte der schlechthin übergangene Pflichttheilsberechtigte die querella inofficiosi testamenti gegen das inofficiöse Testament. Eine große Frage aber ist, inwieweit dies auch nach der Novelle noch der Fall ist?

1. Den Geschwistern ist die Querel geblieben, denn ihr Verhältniß wurde durch die Novelle 115 nicht berührt.[1]

2. Was aber sind die Folgen, wenn der Ascendent seinen Descendenten, der Descendent seinen Ascendenten pflichtwidrig nicht zum Erben eingesetzt hat, was praktisch in der Regel damit zusammenfällt, daß er ihm auch materiell nichts zugewendet hat.[2]

Die Novelle bestimmt, daß, soweit die Intestatportion des Pflichttheilsberechtigten reicht, die testamentarischen Erbeseinsetzungen kraftlos werden, während andere letztwillige Anordnungen, insbesondere Legate zu Gunsten Dritter, bestehen bleiben, soweit sie den Pflichttheil nicht verkürzen.

Sind aber die gesetzwidrigen Erbeseinsetzungen nichtig oder bloß inofficiös? Es giebt drei Hauptsysteme, das Nullitätssystem, das

---

7) l. 18 D. de liberis et postumis 28, 2. Ulpianus libro 57 ad edictum: Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, ut puta impuberibus eisque fideicommissum hereditatem dant. l. 12 § 2 D. de bon. libert. 38, 2, l. 25 C. h. t. 3, 28.

8) Die Novelle 115 erwähnt diesen Enterbungsgrund nicht, weshalb ihn Viele nach ihr bei Descendenten und Ascendenten als unzulässig ansehen. Aber die Novelle hat diese Art der Enterbung überhaupt nicht berühren wollen, vielmehr nur die wegen Pflichtwidrigkeit geregelt. Die Enterbung in guter Absicht ist daher nicht beseitigt. Vgl. K. Schmidt im Archiv für civ. Praxis Bd. 54 n. 18, Schröder a. a. O. S. 354, Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 3 n. 57 S. 289, R.G. Bd. 45 S. 174.

1) R.G. Bd. 14 S. 187. Anders Wendt, Pand. S. 828, 829 a. E.

2) Dies um deswillen, weil man im Zweifel jede Zuwendung an den Pflichttheilsberechtigten als Erbeseinsetzung zu interpretiren hat, oben Bd. 3 § 152.

gemischte System und das Inofficiositätssystem, daneben noch Spielarten.[3]

a) Die Vertheidiger des Nullitätssystems nehmen Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen an. Sie berufen sich auf einzelne Wendungen der Novelle, denen aber andere entgegenstehen, die zu einem anderen Resultate führen. Vorzugsweise gründen sie aber die Nichtigkeit darauf, daß die Novelle eine Form vorschreibe, und daß die Verletzung von Formvorschriften regelrecht Nichtigkeit im Gefolge habe. Diese Argumentation ist unzutreffend. Es handelt sich keineswegs um eine Form der Willenserklärung, für welche jene Regel aufgestellt ist, sondern um eine besondere Art der Willensbestimmung, also um eine s. g. Rechtsform.

Die Anhänger dieses Systems sind nur konsequent, wenn sie absolute Nichtigkeit annehmen.[4] Diese müßte jedem Interessenten zu Gute kommen, insbesondere, wenn der Pflichttheilsberechtigte vor dem Testator stürbe, oder verzichtete, auch dem entferntesten Intestaterben.[5] Das wäre aber gewiß ein höchst verkehrtes Resultat, ein unerträglicher Rückschritt.

Daher entschieden sich Viele für beschränkte Nichtigkeit, welche nach Einigen eintritt, wenn der Notherbe den Testator überlebt,[6] nach Anderen, wenn er erklärt, von seinem Rechte Gebrauch zu machen,[7] und nach einer dritten Ansicht überhaupt nur zu Gunsten des Notherben.[8]

Alle diese Auffassungen sind ohne positive Unterlage; sie sind gleich willkürlich.

b) Nach dem gemischten Systeme soll Nichtigkeit eintreten, wenn das Testament keinen Enterbungsgrund anführt, denn dann sei die Form verletzt, Inofficiosität und Querel dagegen, wenn der Enterbungsgrund angeführt, die Form also gewahrt sei, und nur die Richtigkeit des Grundes bestritten werde.[9]

3) Die Litteratur über die Frage ist unerschöpflich. Vgl. über sie u. A. Francke a. a. O. S. 366, Vangerow Bd. 2 § 485.

4) Das Nullitätssystem wurde schon von Martinus vertheidigt. Dem absoluten Nullitätssystem huldigen unter den Neueren Vangerow Bd. 2 § 485 S. 293, Schmidt a. a. O. S. 176. — Nichtigkeit nimmt auch an R.G. Bd. 11 S. 232.

5) Die Klage der Novelle wäre also die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato. Sie ginge gegen Jeden, welcher Nachlaßsachen pro herede oder pro possessore besitzt, also keineswegs bloß gegen die Testamentserben. Sie vererbte sich unbedingt und könnte erst in 30 Jahren verjähren.

6) Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 255.

7) Francke a. a. O. S. 382, Seuff. Arch. Bd. 48 n. 273.

8) Arndts § 599.

9) Das gemischte System billigte die Glosse, es herrschte lange in der Praxis, neuerdings hat es noch Puchta, Pand. § 493 vertreten.

Auch für diese Distinktion giebt die Nov lle keinen Anhalt.

c) Das Inofficiositätssystem endlich betrachtet die Nichtachtung der Vorschrift der Novelle 115 als Pflichtwidrgikeit und gewährt daher die Querel.[10] Dies System allein ist in Harmonie mit der Novelle. Denn diese will das Pflichttheilsrecht verstärken und betrachtet die Nichthonorirung des Notherben durch Erbeseinsetzung als Beleidigung. Die solchen Beleidigungen entgegentretende Klage ist die Querel. Auch von Rescission des Testamentes ist in der Novelle die Rede, was nur zur Querel paßt.

Die Querel ist auch das zweckmäßigere Rechtsmittel. Daß sie nur dem Pflichttheilsberechtigten zusteht, höchstpersönlich und kurz verjährbar ist, namentlich aber, daß sie nur gegen den Testamentserben geht, dies Alles entspricht dem Wesen des Verhältnisses.

§ 155. 7. Partielle Verletzung des Pflichttheiles.

1. Der Notherbe, welcher nur im Betrage seines Pflichttheiles verkürzt ist, hat die Ergänzungsklage — actio ad supplendam legitimam.[1]

Diese Klage ist nicht auf den Gedanken einer Beleidigung gegründet. Sie ist also nicht höchstpersönlich, vielmehr unbedingt vererblich und wird nicht durch Anerkennung des Testaments seitens des Pflichttheilsberechtigten beseitigt. Wer mit ihr unterliegt, gilt nicht als unwürdig, etwas aus dem Testamente zu empfangen, behält also, was ihm hinterlassen ist. Die Klage geht gegen die Testamentserben. Sind dieselben selbst pflichttheilsberechtigt, so haben sie nur insoweit beizutragen, als ihnen etwas über ihre Intestatportion zugewendet ist.[2]

2. Der Pflichttheil ist lastenfrei zu hinterlassen.

Beschränkungen, insbesondere Bedingungen, Auflagen, Nachvermächtnisse sind, soweit sie den Pflichttheil belasten, wie nicht geschrieben, nichtig.[3]

Zulässig ist die s. g. cautela Socini,[4] wonach dem Pflichttheils-

---

10) Das Inofficiositätssystem wurde von Donellus und Cujacius angenommen. Für dasselbe ist neuerdings Brinz Bd. 3 S. 107 und Windscheid Bd. 3 § 591 sowie Köppen, Lehrb. S. 620. Vgl. auch Zachariä v. Lingenthal, Gesch. des griech.-röm. Rs. §§ 41, 44.

1) § 3 J. h. t. 2, 18, l. 30 pr., l. 36 pr. § 1 b C. h. t. 3, 28.

2) Francke a. a. O. S. 334, dagegen Arndts § 596 Anm. 2 will die Klage auch gegen Notherben zugestehen, welche mehr als ihren Pflichttheil erhielten.

3) l. 32 C. h. t. 3, 28. Es gilt dies auch für die einer Erbeseinsetzung zuwider der Novelle 115 pflichtwidrig zugefügte Bedingung. R.G. Bd. 17 S. 327.

4) Die Klausel wird nach dem italienischen Juristen Marianus Socinus dem Jüngeren aus Siena, gest. 1556, genannt, welcher einer ihrer Vertheidiger war. Vgl. über die Klausel Schröder a. a. O. S. 377, R.G. Bd. 31 S. 198.

berechtigten etwas über den Betrag seines Pflichttheiles zugewendet wird, unter der Bedingung, daß er sich eine die ganze Zuwendung betreffende Beschränkung gefallen läßt.

3. Der Pflichttheilsanspruch des B.G.B. entspricht der a. ad supplendam legitimam. Der Anspruch geht auch gegen Pflichttheilsberechtigte, soweit sie mehr erhalten haben, als ihren Pflichttheil. Beschränkungen oder Beschwerungen des Pflichttheils gelten als nicht angeordnet; ist der dem Berechtigten hinterlassene Erbtheil größer als der Pflichttheil, so kann der Berechtigte den Pflichttheil verlangen, wenn er den Erbtheil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst mit der Kenntniß von der Beschränkung oder Beschwerung.

§ 156. 8. Das Pflichttheilsrecht und die Geschäfte unter Lebenden.[1]

Der Pflichttheil darf nicht durch Geschäfte von Todeswegen angetastet werden.[2] Dagegen ist der künftige Erblasser in seinen Geschäften unter Lebenden durch die Rücksicht auf seine Pflichttheilserben nicht behindert.

Dies ließ sich aber nicht uneingeschränkt festhalten, da sonst der Erblasser durch Schenkungen unter Lebenden, sowie durch Dosbestellungen den Anspruch der Pflichttheilsberechtigten illusorisch machen konnte. Daher schuf man die querella inofficiosae donationis und dotis.

Es ist bestritten, ob diese Klagen die fraudulose Absicht der Verkürzung des Pflichttheiles voraussetzen, oder ob jede objektive Verkürzung des Pflichttheiles genügt.

Für das letztere scheint zu sprechen, daß auch für die querella inofficiosi testamenti schließlich nur die objektive Verletzung das Maßgebende war, und daß unsere Rechtsmittel der Querel analog gebildet sind.

Aber die Analogie ist keine durchgreifende. Bei unseren Rechtsmitteln handelt es sich um etwas Außerordentliches, einen Uebergriff über das eigentliche Gebiet des Pflichttheilsrechtes hinaus, gleichsam um eine Nothwehr des Rechtes gegen dolose Umgehungen.[3]

---

1) Tit. Cod. de inoff. don. 3, 29, de inoff. dot. 3, 30. Breidenbach, z. L. v. d. Rescission pflichtwidriger Schenkungen im Archiv f. civ. Praxis Bd. 27 n. 14, Bd. 28 n. 2; Fitting ebendaselbst Bd. 50 n. 4; Stammler, z. L. v. d. querella inofficiosae donationis im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft n. F. Bd. 8 S. 192; vgl. ferner die bei Arndts § 597 Anm. 1 citirten Schriftsteller.

2) Zu den Verfügungen von Todeswegen gehören auch in dieser Hinsicht die Schenkungen auf den Todesfall. Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 50 n. 4.

3) In diesem Sinne ist das Rechtsmittel geschaffen l. 87 § 3 D. de leg. II Imperator Alexander Augustus Claudiano Juliano praefecto urbi. Si liquet tibi Juliane carissime aviam intervertendae inofficiosi querellae patrimonium

1. Die Voraussetzungen der querella inofficiosae donationis sind:

a) objektiv eine Schmälerung des Pflichttheiles, wie er sich zur Zeit der Vornahme der Schenkung gestalten würde.[4] Zweifelhaft ist, wie es sich bei mehreren successiv sich folgenden Schenkungen verhalte.[5]

Es ist dann die Zeit der ersten Schenkung zu Grunde zu legen und danach die den Notherben zu reservirende Summe festzustellen. Solange sich eine Schenkung innerhalb dieses Betrages hält, ist sie gültig. Folgen andere Schenkungen oder letztwillige Anordnungen,[6] die ihn antasten, so sind sie hinfällig. Es tritt also nicht etwa Zusammenrechnung der Schenkungen und verhältnißmäßige Reduktion derselben ein.

b) Der Schenker muß dolos gegen den Pflichttheilserben gehandelt haben. Das ist nicht der Fall, wenn er auch den Pflichttheilserben entsprechend beschenkt hat.[7]

c) Die Verletzung darf nicht wieder ausgeglichen sein. Dies kann mittels späteren Erwerbes von Vermögen durch den Erblasser nach der Schenkung[8] oder mittels letztwilliger Zuwendung geschehen.[9]

2. Die Klage steht zu:

a) jedem verletzten Pflichttheilsberechtigten, vorausgesetzt natürlich, daß er die Verkürzung nicht durch sein Benehmen verdient hat. Ob der

---

suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id quod donatum est pro dimidia parte revocari. Ebenso l. 1 C. h. t. 3, 29: „si mater vestra ad deludendam querellam paene universas facultates suas . . . exhausit". l. 8 C. eod.: „si liqueat matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium exhausisse". Vat. fragmenta § 270. Wenn in anderen Stellen der dolosen Absicht nicht besonders gedacht ist, so ist dies sicherlich kein Widerspruch. Es handelt sich um Reskripte, welche die Lehre nicht erschöpfen sollten, vielmehr im gegebenen Falle streitige Punkte erledigten. Anderer Ansicht freilich Vangerow Bd. 2 § 482 S. 279, Windscheid Bd. 3 § 586 Anm. 10. Für die hier vertretene Ansicht sind Brinz Bd. 3 § 405 Anm. 45, Schröder a. a. O. S. 515. Gewiß ist auch von Gewicht, daß die actio Faviana und Calvisiana, welche das Pflichttheilsrecht des Patrons sichern sollten, gleichfalls Dolus des schenkenden Liberten forderten. Daß die Betonung der subjektiven Seite mit den allgemeinen Anschauungen der Römer übereinstimmt, wird Niemand verkennen.

4) l. 7 C. h. t. 3, 29, fragm. Vat. § 280.

5) Vgl. Windscheid Bd. 3 § 586 Anm. 6.

6) Nov. 92.

7) l. 8 § 1 C. h. t. 3, 29 fordert „consilium et eventus".

8) Natürlich gebührt dem Notherben auch von der späteren Vermehrung des Vermögens des Erblassers der Pflichttheil. Hat also ein Vater von 5 Kindern, welcher 8000 im Vermögen hat, hiervon 5000 verschenkt und später 1000 neu erworben, so ist die Verletzung nicht vollständig ausgeglichen. Die Kinder können vielmehr noch vom Beschenkten je 100 fordern. Nur wenn der Vater mindestens 2000 hinzu erwirbt, wäre die durch die Schenkung entstandene Verletzung vollständig beseitigt. — Nachträglicher Erwerb des Erblassers, welchen er vor seinem Tode wieder verliert, beseitigt die Verletzung nicht. Schröder a. a. O. S. 523.

9) Nov. 92 cap. 1.

Erblasser mit Hinterlassung eines Testamentes verstarb oder nicht, ist für diese Klage irrelevant.

b) Sie geht nur gegen den Beschenkten und dessen Erben. Soweit der Beschenkte am Dolus keinen Theil hatte, ist er nur zur Erstattung seiner Bereicherung verbunden.[10]

c) Zweck ist nicht Rescission der ganzen Schenkung, vielmehr nur Erfüllung des Pflichttheiles des Klägers.[11]

d) Entsprechend der querella inofficiosi testamenti verjährt die Klage in 5 Jahren,[12] ist subsidiär[13] und wird durch jede Anerkennung der Schenkung ausgeschlossen.[14] [15]

3. Wie die pflichtwidrige Schenkung ist eine Dotirung und nach heutigem Rechte jede Aussteuer zu behandeln.

4. Der Schenker selbst ist befugt, Schenkungen wegen nachgeborner Kinder insoweit anzufechten, als deren Pflichttheil durch die Schenkung verkürzt ist. Es ist dies ein selbständiges Rechtsmittel.[16]

5. Die Regelung des BGB. ist wesentlich abweichend. Hiernach hat der Pflichttheilsberechtigte einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils gegen die Erben. Die Ergänzung kann verlangt werden wegen aller Schenkungen aus den letzten zehn Jahren vor dem Erbfalle, ausgenommen sind diejenigen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (§ 2330). Ergänzung ist der Betrag, um den sich der Pflichttheil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzugerechnet wird (§ 2325 Abs. 1). Hat der Pflichttheilsberechtigte selbst ein Geschenk von dem Erblasser er-

---

10) Die bezüglichen Fragen sind bestritten. Manche wollen die Klage selbst gegen dritte Besitzer der geschenkten Sache zugestehen.

11) Viele Schriftsteller vertheidigen Rescission der ganzen Schenkung mindestens auf den Betrag der Intestatportion des Klägers. So Breidenbach a. a. O. Man stützt sich hierfür auf die Analogie der querella inofficiosi testamenti, aber diese ist keine durchgreifende; ferner die oben Anm. 3 abgedruckte l. 87 § 3 D. de leg. II. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß diese Stelle auf einen derartigen Umfang der Rescissionsklage hindeutet, aber man hielt hieran nicht fest, wie namentlich aus l. 8 pr. C. h. t. 3, 29, l. un. C. de inoff. dot. 3, 30 und nov. 92 cap. 1 hervorgeht. Siehe Schröder a. a. O. S. 533.

12) l. 9 in fine C. h. t. 3, 29. Ueber den Beginn der Verjährung vgl. Seuff. Arch. Bd. 52 n. 247.

13) l. 4 C. h. t. 3, 29.

14) l. 6 C. h. t. 3, 29.

15) Die Behauptung, daß die querella inofficiosae donationis aktiv unvererblich sei, — z. B. von Schröder a. a. O. S. 544 — ist unbegründet. Ein Quellenzeugniß existirt für sie nicht. Der Charakter der Klage als Dolusklage führt zur Annahme der Vererblichkeit der Klage.

16) l. 5 C. h. t. 3, 29. Der Sinn dieser Stelle ist freilich sehr bestritten. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 482 S. 280, Windscheid Bd. 3 § 586 Anm. 15. Anderer Ansicht Arndts § 587 Anm. 5.

halten, so ist das Geschenk in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlasse hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichttheilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen (§ 2327). Soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichttheils nicht verpflichtet ist (vgl. § 2328), kann der Pflichttheilsberechtigte von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrages abwenden (§ 2329). Der Anspruch gegen den Beschenkten verjährt in drei Jahren von dem Eintritte des Erbfalles an (§ 2332 Abs. 2).

Sechster Abschnitt.

Der Eintritt des Erbfalles.

Erstes Kapitel.

Schutzmaßregeln zu Gunsten der Erbinteressenten.

§ 157. Eröffnung des Testamentes, Einsichtnahme desselben.[1]

1. Schwere Strafen verpflichteten in Rom Jeden, nach erlangter Kunde von dem Tode des Erblassers sofort die in seinem Besitze befindlichen Testamentsurkunden oder Kodicille desselben dem Gerichte des Ortes auszuhändigen.[2] Das Gericht hatte dann unmittelbar zur Vorladung der Testamentszeugen und in deren Gegenwart zur Entsiegelung und öffentlichen Verkündigung der letztwilligen Verfügung zu schreiten. Nach der Publikation pflegte es die Urkunde im Gerichtsarchiv zu deponieren.[3]

---

1) Tit. Dig. testamenta quaemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur 29, 3. Cod. 6, 32. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 368; Keller, Institutionen S. 287.

2) Wer das Testament oder Kodicill nicht vorlegte, verfiel nämlich, wenn er es dolos zurückhielt, der lex Cornelia de falsis, l. 2 D. de lege Cornelia de falsis 48, 10, Paul. sent. IV, 7 §§ 3–5. Vgl. auch B.G.B. § 2259.

3) Die Testamentszeugen, oder wenigstens der größere Theil derselben, waren zu laden. Sie hatten ihre Siegel anzuerkennen. Es wurde dann das Testament in ihrer Gegenwart eröffnet und publicirt, l. 4–12 D. h. t. 29, 3. Paul. sent. IV, 6 § 1. Genaue Vorschriften über die Publikation enthielt die lex Julia vicesimaria de testamentis, d. h. über die Erbschaftssteuer von 5 %.

Das gemeine Recht kannte jene Strafen nicht mehr, und es war damit auch die allgemeine Regel gerichtlicher Eröffnung und Verkündigung der letztwilligen Verfügung weggefallen.

Dennoch war amtliche Publikation häufig. Sie hatte vor Allem bezüglich gerichtlicher sowie notarieller Testamente und Kodicille stattzufinden, welche im Depositum des Gerichtes oder Notars blieben, sofern sie der Erblasser nicht verbeten hatte; ferner, wenn der Erblasser besondere Vorsorge für die Publikation traf; endlich auf Antrag eines Interessenten, insbesondere des Inhabers der Urkunde, welchem an der Konstatirung der Unversehrtheit der Urkunde durch die amtliche Eröffnung gelegen war.

BGB. §§ 2260 ff. schreiben gerichtliche Eröffnung und Verkündung der Testamente vor. Eine Anordnung des Erblassers, durch die er verbietet, das Testament alsbald nach seinem Tode zu eröffnen, ist nichtig.

2. Testamente und Kodicille sind zwar Eigenthum des Erben, dennoch aber in dem Sinne Gemeingut Aller, die in denselben honorirt sind [4], daß diese ein Recht auf deren Erhaltung und zu deren Einsicht haben. Daher ist, wer ein Interesse dabei zu haben meint, befugt, mit dem interdictum de tabulis exhibendis ihre Vorlegung zur Einsicht bei Gericht von deren Inhaber und namentlich auch von dem Erben selbst zu fordern. [5] [6]

Verweigert der Beklagte ungehorsamerweise die Einsicht oder hat er die Urkunde dolos vernichtet oder verbracht, so hat er dem Kläger sein volles Interesse zu ersetzen, welches der Richter nach freier Ueberzeugung entsprechenden Falles auf Grund einer einseitigen eidlichen Versicherung des Klägers feststellt. [7]

---

4) l. 2 pr. D. h. t. 29, 3. Ulpianus libro 50 ad edictum: Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis hoc est heredis sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

5) l. 1 pr. D. de tabulis exhibendis 43, 5. Ubbelohde, Interdikte bei Glück Th. 3 S. 235. Demelius, die Exhibitionspflicht S. 231 führt mit Recht aus, daß das Petitum der Vorlegung der Testamentsurkunde, welche der Gegner inne hat, schon durch die bloße Behauptung, Interessent zu sein, gerechtfertigt wird, daß es hierzu also des „Wahrscheinlichmachens" einer Honorirung nicht bedarf. So auch Ubbelohde, a. a. O. S. 250, Kohler im Arch. f. civ. Prax. Bd. 79 S. 15, der aber zu weit geht, wenn er die Editionspflicht auch hinsichtlich des Konzepts der Testamentsurkunde annimmt (S. 39).

6) B.G.B. § 2264 besagt: Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, ist berechtigt, von einem eröffneten Testament Einsicht zu nehmen, sowie eine Abschrift des Testaments oder einzelner Theile zu fordern; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

7) In Rom hatte der Kläger ein Recht auf jusjurandum in litem. Ueber das heutige Recht vgl. oben Bd. 2 § 45 Anm. 17.

§ 158. Fürsorge des Gerichtes für den Nachlaß und den Erben.

Schon in Rom gewährte der Richter dem Nachlaß und dem künftigen oder vermuthlichen Erben seinen Schutz; weit durchgreifender aber ist die richterliche Fürsorge nach gemeinem Rechte.

Dieselbe liegt vorzugsweise dem Nachlaßgerichte ob, d. h. dem Gerichte des letzten Wohnsitzes des Erblassers.

1. Gemäß deutscher Gewohnheit schreitet das Gericht zur Beschlagnahme des Nachlasses, insbesondere zur Versiegelung der hinterlassenen Mobilien desselben, wenn der Erbe abwesend, minderjährig oder ungewiß und streitig ist. [1]

2. Schon das römische Recht kennt die Ernennung eines Nachlaßkurators in Fällen, in welchen der Erbe noch nicht antrat oder streitig war. Diese Bestellung geschieht nach gemeinem Rechte in allen Fällen des Bedürfnisses, sei es auf Anzeigen von Erbschaftsgläubigern oder anderen Interessenten, sei es ohne Antrag eines Betheiligten. [2]

In Rom hatte der Nachlaßkurator eine engere Vollmacht. Denn sie beschränkte sich auf die Obhut des Nachlasses und auf Berichtigung dringender Schulden. Gemeinrechtlich hat eine rationelle Praxis die Vollmacht des Nachlaßkurators sehr erweitert. Man pflegt ihm selbst die Veräußerung der Substanz des Nachlasses unter obrigkeitlicher Genehmigung zu verstatten. [3] [4]

3. Es ist vielfach in Uebung, daß das Nachlaßgericht dem, welcher wie gerichtsbekannt, der nächste Intestaterbe ist, eine Erbbescheinigung ausstellt. Dieselbe ermächtigt namentlich zu Verfügungen beim Grundbuch über die auf dem Namen des Erblassers stehenden Sachen und Rechte.

Nach B.G.B. § 2353 hat das Nachlaßgericht dem Erben auf Antrag einen Erbschein zu ertheilen. Gutgläubige Dritte, die mit dem im Erbschein Bezeichneten ein Rechtsgeschäft vornehmen, werden geschützt, vgl. B.G.B. §§ 2365 ff.

§ 159. Gerichtliche Einweisung. Possessorische Erbschaftsklagen.

Der Erbe darf sich eigenmächtig in den Besitz des Nachlasses setzen, solange derselbe noch offen liegt, also namentlich noch nicht in den Besitz Dritter gelangte, oder gerichtlich mit Beschlag belegt ist.

1) Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 363, B.G.B. § 1960.

2) Vgl. B.G.B. § 1960 Abs. 2, 1961.

3) Ueber seine Passivlegitimation gegenüber den Ansprüchen der Vermächtnißnehmer vgl. R.G. Bd. 43 S. 153.

4) Ueber die Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) nach B.G.B. vgl. §§ 1975 ff.

Häufig aber ist obrigkeitliche Vermittelung zum Besitzerwerb für den Erben nöthig oder doch rathsam. Und zwar finden sich zwei Arten richterlicher Hülfe:

a) Einweisung in den Nachlaßbesitz durch das Nachlaßgericht auf einseitigen Vortrag in außerprozessualischer Weise.

Solchergestalt wird namentlich verfahren, wenn der Nachlaß gerichtlich mit Beschlag belegt oder im Besitze eines Nachlaßkurators ist, oder von einem Dritten, z. B. einer Bank, verwahrt wird, welche nur dem gerichtlich eingewiesenen Erben das Verwahrte zu erstatten bereit ist.

Derartige Einweisungen geschahen in Rom durch eine missio des Prätors oder auch durch Erwerbung gewisser Arten der bonorum possessio, welche nicht, wie die regelrechte b. possessio, prätorisches Erbrecht, sondern bloßen Erbschaftsbesitz gewährten.

b) Ist bereits ein Erbprätendent — pro herede — oder ein Okkupant — pro possessore — im Besitze des Nachlasses, so bedarf es für den Erben der Klage, um ihm den Besitz zu entwinden.

Hierfür steht ihm aber nicht blos die hereditatis petitio offen, welche erschöpfenden Beweis des Erbrechtes des Klägers erfordert, vielmehr kommen ihm possessorische Rechtsmittel zu Gute, welche ihm in summarischer Weise den Nachlaßbesitz verschaffen, also apiscendae possessionis sind. Man bezeichnet die possessorische Klage als interdictum quorum bonorum. Zwar ist sie mit dem römischen Interdikte dieses Namens nicht identisch, da dieses vorgängige gerichtliche Agnition einer bonorum possessio forderte, von der hier nicht die Rede ist; dennoch besteht eine gewisse dogmatische Verwandtschaft und eine historische Anlehnung, welche die Bezeichnung rechtfertigt.[1]

---

1) Man streitet darüber, ob das interdictum quorum bonorum im justinianischen Rechte ein „summarisches Rechtsmittel" war. Dies verneint Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. 5 n. 1, Bd. 6 n. 3. Dagegen hat sich Vangerow Bd. 2 § 509 für die Bejahung erklärt. Ganz entschieden wird das Interdikt im codex Theodosianus als ein auch in den Prozeßformen summarisches Rechtsmittel behandelt, l. un. § 2 C. Theod. 4, 21, l. 22 C. Theod. quorum appellationes non recipiantur 11, 36. Indem Justinian die erstere Verordnung als l. 3 C. quorum bonorum 8, 2 in seine Kompilation aufnahm, hat er den summarischen Charakter des Interdikts anerkannt, vgl. jedoch Schmidt, Interdiktenverfahren S. 321. Wie dem aber auch sei, jedenfalls hat man seit dem Mittelalter das interdictum quorum bonorum als summarisches und interimistisches Rechtsmittel aufgefaßt und hiernach possessorische Erbschaftsklagen ausgebildet. Das Summarische besteht aber nicht in einer besonderen Weise des prozessualischen Verfahrens, auch nicht darin, daß die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen statt bewiesen, blos bescheinigt werden müssen. Das Summarische bezieht sich vielmehr nur darauf, daß der Prozeßstoff vermindert wird, daß es genügt, Thatsachen vorzubringen und zu beweisen, welche den Kläger prima facie als den Erben erscheinen lassen, während illiquide Behauptungen des Beklagten in diesem Verfahren nicht verhandelt werden. So faßte schon vor der CPO. Briegleb, summarische Prozesse S. 208 die Summa-

Die Fälle der Einweisung und des Interdiktes führen darauf zurück, daß der Implorant entweder vermuthlicher Erbe ist, oder ein Anrecht darauf hat, künftiger Erbe zu werden.

1. Um vermuthliches Erbrecht handelt es sich in folgenden Fällen:

a) Wer in einem äußerlich fehlerfreien Testamente zum Erben ernannt ist, erhält Einweisung in den Nachlaß durch s. g. missio ex lege ultima de edicto divi Hadriani tollendo,[2] wie auch eine possessorische Klage gegen etwaige Erbschaftsbesitzer pro herede oder pro prossessore.

Illiquide Einreden werden in diesem Verfahren nicht beachtet. Der Gegner muß daher die bezüglichen Einwendungen gegen das Testament mittels Erhebung der Erbschaftsklage geltend machen, wenn er den Besitz zurückerlangen will.

b) Wer ein Verhältniß darlegt, welches ihn als Intestaterben des Erblassers erscheinen läßt, insbesondere Verwandtschaft oder Ehe, erhält gleichfalls nach der Praxis Einweisung und possessorische Klage. Illiquide Einwendungen kommen auch hier nicht in Betracht.

c) Das edictum Carbonianum verstattet dem Unmündigen, welcher als Kind des Erblassers dessen Erbschaft in Anspruch nimmt, wenn diese Eigenschaft bestritten und nicht offenbar unbegründet ist, die Aussetzung des Erbschaftsprozesses bis zu seiner Mündigkeit zu fordern und inzwischen bonorum possessio zu agnosciren,[3] welche ihm, wenn er Kaution leistet, die Erbenstellung interimistisch gewährt[4] und Unterhalt aus der Erbschaft verschafft.[5]

Die gemeinrechtliche Geltung ist höchst problematisch.[6]

2. Einweisungen zu Gunsten erwarteter Erben sind folgende:

a) die bonorum possessio furiosi nomine.

Der ständig Geisteskranke erwirbt zwar als Hauskind die Erbschaft seines Hausvaters nothwendigerweise, als freiwilliger Erbe kann er aber angetragene Erbschaften nicht erwerben.[7] Denn ihm fehlt zum

---

rietät des interdictum quorum bonorum auf. A. Ansichten vertheidigt Ubbelohde, Interdikte bei Glück Th. 3 S. 122 ff. Vgl. noch Kipp, Erörterungen zur Geschichte des röm. Civilprozesses und des interdictum quorum bonorum 1889.

2) l. 3 C. de edicto divi Hadriani tollendo et quaemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur 6. 33. Vgl. Paulus sent. III, 5 §§ 14 ff., Löhr in Lindes Zeitschrift Bd. 6 n. 9, Riesebieter in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 103. Wer ein jüngeres fehlerfreies Testament vorlegen kann, geht natürlich vor.

3) Tit. Dig. de Carboniano edicto 37, 10, Cod. 6, 17. Leist bei Glück, Bücher 37 und 38 Bd. 4 S. 67.

4) l. 15 D. h. t. 37, 10.

5) l. 5 § 3 D. h. t. 37, 10.

6) Vgl. unsere früheren Auflagen.

Antritt die natürliche Fähigkeit, und seinem Vormunde wurde die Legitimation nicht zugestanden, ihn hierbei zu vertreten. Dagegen erwirbt er durch gerichtliche Erklärung seines Vormundes eine bonorum possessio,[8] durch welche er interimistisch die Stellung eines Erben[9] und das Recht auf Bezug von Alimenten erlangt.[10]

Wird er gesund, so steht ihm der Erwerb der Erbschaft oder deren Ablehnung frei.[11]

Stirbt er während der Geisteskrankheit, so geht die Erbschaft, da er sie trotz der Agnition der blos provisorischen bonorum possessio nicht erworben hat, nicht auf seine Erben über. Es tritt vielmehr successive Berufung der anderweiten Erben seines Erblassers ein, wobei, allgemeinen Grundsätzen entsprechend, die Zeit des Todes des Geisteskranken, also der neuen Berufung maßgebend ist.[12]

b) Der bedingt eingesetzte Testamentserbe konnte in Rom während des Obschwebens der Bedingung eine interimistische bonorum possessio secundum tabulas erlangen.

Dies ist, wie oben ausgeführt wurde, nicht in gemeinrechtlichem Gebrauche.[13]

Aehnliche Zwecke, wie die bisher besprochenen Missionen, verfolgt die missio ventris nomine.[14]

Wenn sich nämlich zur Zeit des Todes des Erblassers ein Kind desselben im Mutterleibe befindet, das — möglicherweise — im Falle der Geburt Erbe wird, so kann die Mutter in der Zwischenzeit für die Dauer ihrer Schwangerschaft Alimente verlangen und sich zu diesem Zwecke in die vakante Erbschaft einweisen lassen. Die Mutter eines fremden Kindes, das zum Erben eingesetzt ist, erhält ein entsprechendes Recht nur dann, wenn sie sich anderweit nicht ernähren könnte.

---

7) Vgl. unten § 161.

8) l. 7 C. de curatore furiosi 5, 70. Tit. Dig. de bonorum poss. furioso 37, 3.

9) Dies, ohne daß er Kaution leisten muß.

10) Hat jedoch der Geisteskranke eigenes Vermögen, so soll ihn der Kurator zunächst aus diesem erhalten, l. 51 pr. D. de her. pet. 5. 3.

11) l. 7 § 8 C. de cur. fur. 5, 70.

12) Die l. 7 § 8 C. h. t. 5, 70 besagt: Si autem in furore diem suum obierit vel in suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, si quidem successio est, ad eos referatur volentes tamen, id est vel ad substitutum vel ab intestato heredes vel ad nostrum aerarium: eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei ad cujus bona vocabantur, si non in medio erat furiosus.

13) Oben Bd. 3 § 82 Anm. 6 u. 7.

14) Tit. Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus 37. 9. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 405, Leist bei Glück, Bücher 37 und 38 Bd. 4 S. 1, Schiffner, gesetzliche Vermächtnisse § 34.

Diese Mission wird nicht dem künftigen Erben, also dem Kinde ertheilt,[15] sondern der Mutter. Sie geschieht nicht zur Sicherung eines Erbrechtes, sondern zur Erhaltung von Mutter und Kind.

Die Alimentation der Schwangeren gilt als eine Erbschaftsschuld.[16] Rückerstattung kann, falls nicht Betrug im Spiele ist, selbst dann nicht beansprucht werden, wenn der erwartete Erbe nicht geboren wird. Zur Feststellung und Auszahlung der Alimente wird ein curator ventris ernannt.

Da trotz der Einweisung der Mutter die Erbschaft ruhend ist, so ist außerdem ein curator bonorum im Interesse der künftigen Erben und der Erbschaftsgläubiger zu bestellen. Schon in Rom wurde in der Regel dieselbe Person zum curator ventris und bonorum ernannt, und dies dürfte heutzutage ausnahmslos der Fall sein.[17]

3. B.G.B. hat alle diese possessorischen Erbschaftsklagen beseitigt. Einstweilige Verfügungen nach der C.P.O. bieten für einige Fälle Ersatz. An die Stelle der missio ventris nomine ist ein Anspruch der Mutter auf standesmäßigen Unterhalt aus dem Nachlasse getreten, § 1963.

Zweites Kapitel.

Der Erwerb der Erbschaft.

§ 160. Uebersicht. Geschichtliches.

I. Zur Zeit der klassischen Juristen war die Weise des Erbschaftserwerbes je nach der Rechtslage sehr verschieden. Es beruhte vor Allem der Erwerb der hereditas und der bonorum possessio auf verschiedenen Grundsätzen.

1. Bezüglich des Erwerbes der hereditas war wieder zu unterscheiden:

a) Erwerb durch Erben, die nicht in der Gewalt des Erblassers standen — heredes extranei oder voluntarii.

Er geschah durch Willensentschluß, und zwar in der Regel formlos und zu beliebiger Zeit.

Häufig jedoch schrieb der Erblasser eine cretio vor, d. h. eine förm-

---

15) Andere z. B. Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 232 nehmen dagegen an, daß der noch ungeborene Erbe den vorläufigen Erbschaftsbesitz erhalte.

16) l. 9 D. h. t. 37, 9.

17) l. 1 § 18 D. h. t. 37, 9.

liche wörtliche Erklärung über den Antritt, welche innerhalb gewisser Frist abzugeben war.

Die Frist betrug herkömmlich 100 Tage. Sie lief meist von dem Augenblicke an, in dem der Erbe Kenntniß von seiner Berufung erhielt, — cretio vulgaris. Aber sie konnte auch unmittelbar vom Todestage des Erblassers an gesetzt sein — cretio continua. Dies geschah natürlich nicht leicht, wenn nicht Gefahr im Verzuge war.[1]

Die christliche Kaiserzeit hat die cretio beseitigt.[2]

b) Die Hauskinder beerbten ihren Hausvater nach Civilrecht ohne Willensentschluß. Doch konnten sie sich nach prätorischem Rechte von der väterlichen Erbschaft mittels jus abstinendi losmachen, wenn sie sich nicht freiwillig eingemischt hatten.

Hiernach wurde auch den Hauskindern die Erbenstellung definitiv nur durch ihren Willensentschluß zu Theil.

c) Die mit der Freiheit eingesetzten Sklaven des Erblassers — die necessarii — wurden wider ihren Willen Erben und erhielten das beneficium abstinendi nicht.

Dagegen konnten sie in Folge des prätorischen beneficium separationis ihr nicht aus der Erbschaft stammendes Vermögen dem Zugriffe der Erbschaftsgläubiger entziehen.[3]

2. Die bonorum possessio wurde stets nur durch einen gerichtlichen Akt erworben. Das galt auch für Hauskinder und testamentarisch freigelassene Haussklaven.

Der Erwerb war an die Frist von 100 Tagen, bei Descendenten und Ascendenten des Erblassers an die Frist eines Jahres von der Berufung ab gebunden.[4]

Noch im justinianischen Rechte bestand die Verschiedenheit des Erwerbes von hereditas und bonorum possessio.

II. Im gemeinen Rechte ist die bonorum possessio, soweit sie Erbrecht begründete, in der hereditas aufgegangen.[5] Ihr Erwerb vollzieht sich daher ausschließlich nach den Grundsätzen der hereditas. Dies

1) Gajus II §§ 164 ff. Nur von der cretio vulgaris handelt Ulpian fragm. XXII §§ 27 und 28. Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum utrum expediat ei adire hereditatem necne, velut: „Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque: nisi ita creveris exheres esto.“ Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum: „Quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.“

2) l. 17 C. de jure deliberandi 6, 30.

3) Gajus II §§ 154 und 155.

4) Oben Bd. 3 § 62 Anm. 10.

5) Arndts § 508 Anm. 1 und dort citirte Schriftsteller.

gilt z. B. auch für das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, welches nur in der bonorum possessio wurzelt. Zu unterscheiden ist also gemeinrechtlich nur noch:

a) Erwerb durch fremde Erben,

b) Erwerb durch die Hauskinder des Erblassers.

III. B.G.B. hat auch diesen Unterschied beseitigt.[6]

A. Erwerb durch fremde Erben.

§ 161. Voraussetzungen und Form des Antrittes und der Ablehnung.[1]

Fremde, d. h. der väterlichen Gewalt des Erblassers zur Zeit seines Todes nicht unterstehende Personen, erwerben die angetretene Erbschaft nur durch Willensentschluß.

Der Entschluß des Antrittes der Erbschaft, wie seiner Ablehnung — der Repudiation — ist ein schwerwiegender. Dies war im vorjustinianischen Rechte in ganz besonderem Maße um deswillen der Fall, weil damals der Erbe unausweichlich, wenn er angetreten hatte, für die Erbschaftsschulden auch über den Betrag der Erbschaftsaktiven hinaus mit dem eigenen Vermögen einstand. Ist die Erklärung über den Antritt oder die Ablehnung einmal rechtsgültig erfolgt, so ist sie auch endgültig. Eine Aenderung des Entschlusses ist unwirksam.[2]

1. Deshalb suchte die Jurisprudenz übereilte Erklärungen auszuschließen. Daher ist Voraussetzung gültiger Erklärung über Annahme oder Ablehnung:

a) Die Berufung muß bereits erfolgt sein.[3] Es ist z. B. eine Erklärung, während die Bedingung der Berufung noch schwebt, unverbindlich.[4]

---

6) Vgl. oben § 58 Ziff. II S. 103.

1) Tit. Dig. de a. vel o. her. 29, 2. Cod. de jure deliberandi 6, 30, de repudianda vel abstinenda hereditate 6, 31.

2) l. 3 C. h. t. 6, 31. Irrthum ist in den Motiven ohne Einfluß, namentlich bezüglich der Solvenz der Erbschaft, Irrthum bezüglich der Identität der Erbschaft macht die Erklärung nichtig. Betrug giebt eine actio und exceptio doli gegen den Betrüger, insbesondere den zum Antritt verlockenden Erbschaftsgläubiger, l. 40 D. de dolo 4, 3. Zwang macht die Erklärung nicht nichtig, wohl aber anfechtbar, l. 21 § 5 D. quod metus causa 4, 2, l. 85 D. h. t. 29, 2. Ueber l. 6 § 7 D. h. t. vgl. oben Bd. 1 § 103 Anm. 24. Ueber die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung nach B.G.B. vgl. §§ 1954 ff. das.

3) l. 21 § 2 D. h. t. 29, 2, l. 13 pr. D. eod. Vgl. B.G.B. § 1946: Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.

4) Manche wollen die Vorschrift der l. 9 C. qui admitti 6, 9, wonach man „intra alienam vicem" bereits die bonorum possessio agnosciren durfte, auf die

b) Ferner muß der Erklärende eine vollständige und genaue Kenntniß der Delation und ihres Grundes haben. Zweifel, insbesondere über den Tod des Erblassers, die Echtheit des Testamentes, den Eintritt der Bedingung, an welche die Erbeseinsetzung geknüpft ist, machen die Erklärung nichtig.[5] [6]

2. In Rom war Erklärung des Berufenen in Person erfordert.[7]

a) Dies galt auch für Willensunfähige. Hieraus ergaben sich große Härten, denen man nur theilweise zu begegnen wußte. Unmündige, welche die Jahre der Kindheit hinter sich hatten, konnten persönlich unter Autorität ihrer Tutoren antreten, mündige Minderjährige unter Konsens ihrer Kuratoren. Kinder bis zum vollendeten siebenten Jahre konnten nicht erwerben. Erst im späteren römischen Rechte wurde ihrem Vormunde und ihrem Vater das Recht gegeben, für sie Erbschaften anzutreten.[8]

Letzteres gilt gemeinrechtlich für alle Minderjährigen.

Verschwendern gestattete man, persönlich Erbschaften anzutreten.[9]

Bei Geisteskranken gab es dagegen während der Geisteskrankheit keine Möglichkeit des Erbschaftserwerbes. So blieb es auch im jüngsten Rechte. Ihr Kurator kann aber eine interimistische bonorum possessio für sie erwerben.[10]

Erbantretung übertragen, so Windscheid Bd. 3 § 597 Anm 2. Dies halte ich nicht für richtig. Das ganze System der Agnoscirung der bonorum possessio ist antiquirt, damit sind es auch dessen Singularitäten, wozu die gedachte Vorschrift sicherlich gehört. Vgl. auch Arndts § 507 Anm. 2.

5) Diese Sätze sind freilich zweischneidig. Sie sind ein Schutz des Berufenen, dessen Erklärung nur gilt, wenn er die Rechtslage klar übersieht. Aber sie machen, wenn zu sehr ausgebeutet, die Erklärung über Antritt und Repudiation und damit einen für weite Kreise wichtigen Rechtszustand unsicher. Daher finden sich auch bei den römischen Juristen manche Streitfragen. Hierher gehörige Entscheidungen sind l. 15, l. 19, l. 32, l. 34 D. h. t., vgl. ferner die bei Köppen, Lehrbuch S. 111 ff. Citirten. Vgl. B.G.B. § 1949 Abs. 1: Die Annahme gilt als nicht erfolgt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrthum war.

6) Was Irrthum oder Zweifel über die Größe der angetragenen Erbportion anlangt, so waren die römischen Juristen getheilter Ansicht und es sind dies auch die Neueren. Wer glaubte, er sei als heres ex asse berufen, ist es aber nur pro parte, hat keine rechtsverbindliche Antrittserklärung abgegeben. Denn mit Miterben zu thun zu bekommen, ist eine wohl zu überlegende Sache. Hiervon abgesehen ist Irrthum oder gar Zweifel über die Größe der Erbportion nicht wesentlich. Vgl. freilich l. 75 D. h. t., andererseits l. 21 § 3 D. eod., l. 5 § 1 D. si pars hered. 5, 4. Siehe Vangerow Bd. 2 § 498 Anm. 1, dagegen Köppen, Lehrbuch S. 114.

7) l. 90 pr. D. h. t. 29, 2. Paulus libro 12 responsorum: Respondit per curatorem hereditatem adquiri non posse.

8) l. 8 D. h. t. 29, 2, l. 2 § 13 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17, l. 67 § 3 D. ad S. C. Trebell. 36, 1, l. 18 §§ 1 und 3 C. de jure deliberandi 6, 30, l. 26 C. de adm. tut. 5, 37.

9) l. 5 § 1 D. h. t. 29, 2. Ulpianus libro 1 ad Sabinum: Eum cui lege bonis interdicitur institutum posse adire hereditatem. Vgl. aber auch Audibert, études sur l'histoire du droit romain Bd. 1 S. 211, 224, 237.

Nach B.G.B. bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit.

b) Durchaus unzulässig war in Rom Erwerb oder Ausschlagen der Erbschaft durch willkürliche Stellvertreter des Berufenen.

Nach gemeinem Recht ist aber in Folge der allgemeinen Zulassung von Stellvertretern auf dem Gebiete des Vermögensrechtes Antritt und Ausschlagung der Erbschaft durch Bevollmächtigte zulässig.[11]

3. Die Erklärung muß der Berufung entsprechen.

Erwerb eines Theiles der angetretenen Erbschaft gilt als Erwerb des Ganzen.[12] Erklärungen unter Vorbehalten und Bedingungen sind nichtig.[13]

4. Die Erklärung ist formlos. Der Erbschaftsantritt kann daher geschehen:

a) ausdrücklich durch Worte;[14] natürlich müssen dieselben an die Außenwelt gerichtet sein, z. B. an das Gericht, an einen Erbschaftsgläubiger oder Erbschaftsschuldner;

b) indirekt durch Handlungen, welche den Schluß ergeben, daß der Handelnde Erbe sein wolle — pro herede gerere.[15]

Es gehört hierher namentlich die Verwaltung und Benutzung sowie Veräußerung von Nachlaßgegenständen, und selbst von Gegenständen, die der Berufene irrthümlich für Nachlaßsachen hält,[16] ferner Einziehung von Erbschaftsausständen, Zahlung von Erbschaftsschulden.

Handlungen, in denen sich in der Regel der Wille, Erbe zu sein, ausspricht, können freilich in concreto aus einer anderen Absicht hervorgegangen sein, z. B. die Zahlung von Erbschaftsschulden aus Pietät

---

10) l. 63 D. h. t. 29, 2, l. 7 C. de cur. furiosi 5, 70, oben Bd. 3 § 159 Anm. 12.

11) Die Frage der Erbantretung durch Stellvertreter ist bestritten, vgl. Bernhöft, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 443. Viele behaupten namentlich, daß eine Generalvollmacht nicht genüge, z. B. Windscheid Bd. 3 § 596 Anm. 12, Bernhöft a. a. O. S. 467. Soll dies so viel heißen, wie die Bezugnahme auf l. 25 § 5 D. h. t. 29, 2 zu ergeben scheint, daß eine allgemeine Vollmacht, künftig anfallende Erbschaften zu erwerben oder auszuschlagen, ohne Geltung sei, so erachte ich dies für unrichtig. Dagegen wird man aus einer einfachen Generalvollmacht die Ermächtigung zum Antritt von Erbschaften allerdings nicht leicht entnehmen können. Es ist dies aber Frage der Interpretation der Vollmacht.

12) l. 10 D. h. t. 29. 2. Anders B.G.B. § 1950 Satz 2: Die Annahme oder Ausschlagung eines Theiles ist unwirksam.

13) l. 51 § 2 D. h. t. 29, 2, B.G.B. § 1947.

14) § 7 I. de heredum qualitate 2. 19. Den Erbschaftsantritt durch wörtliche Erklärung bezeichnen Viele als hereditatis aditio im engeren Sinne.

15) l. 20. l. 21 pr. D. h. t. 29. 2, l. 24, l. 86 § 2, l. 87 D. eod., l. 4, l. 5 C. de jure deliberandi 6, 30. R.G. Bd. 6 S. 143.

16) l. 21 § 1 D. h. t. 29, 2.

gegen den Erblasser, die Verwaltung der Nachlaßobjekte durch den Institutен im Interesse des Substituten, zu dessen Gunsten der Institut verzichten will. Eine derartige besondere Absicht hat der Berufene aber darzuthun. Reservation vor der Inangriffnahme von Handlungen, aus denen der Erbschaftsantritt gewöhnlich geschlossen wird, ist daher räthlich.[17]

c) Nach B.G.B. erfolgt die Annahme der Erbschaft formlos, die Ausschlagung dagegen durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte, die in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist, vgl. § 1945.

§ 162. Fortsetzung. Mehrfache Berufung desselben Erben.

Der Erwerb der Erbschaft durch den Berufenen verwirklicht die Intention des Erblassers, wahrt dessen Vermögen und liegt im Interesse der Erbschaftsschuldner. Deshalb ist der Erwerb der Erbschaft begünstigt, nicht aber die Ausschlagung derselben.

Dies hat namentlich auf Rechtssätze bei mehrfachen Berufungen eingewirkt.

1. Stehen derselben Person mehrere successive Berufungen offen, z. B. der nächste Intestaterbe ist im Testamente zum Erben eingesetzt, so ist sie berechtigt, trotzdem sie die zunächst an sie ergangene Berufung ausgeschlagen hat, aus der später an sie ergehenden die Erbschaft zu erwerben.[1] [2] Dies gilt auch nach B.G.B. § 1948.

2. Streitfragen bestehen für den Fall, daß dieselbe Person zu verschiedenen Portionen derselben Erbschaft berufen ist.

a) Sind verschiedene Portionen bereits zu der Zeit, in welcher sich der Berufene über den Antritt erklärt, deferirt, so kann derselbe nur alle zusammen annehmen oder alle ausschlagen.[3]

---

17) l. 20 § 1 D. h. t. 29, 2.

1) Gerade hierdurch wurde das Edikt „si quis omissa causa" vorzugsweise nöthig. Vgl. l. 1 § 5, l. 1 § 8, l. 29 D. si quis omissa causa 29, 4, vgl. oben Bd. 3 § 105 Anm. 5.

2) Wer successiv mehrere Berufungen in Anspruch nehmen kann, z. B. als Testamentserbe und eventuell als Intestaterbe, und aus der zweiten Berufung antritt, schlägt natürlich damit die erste aus. Die Anwendung dieses Satzes in folgendem Falle wird aber nicht leicht Beifall finden, l. 97 D. de a. vel o. her. 29, 2. Paulus libro 3 decretorum: Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit. sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire, dicebam non repudiare eum, qui putaret posterius valere, pronuntiavit Clodianum intestatum decessisse. Mit Recht bemerkt hierzu Puchta, Vorlesungen § 499: „Man kann nur etwas repudiiren, was deferirt ist und von dessen Delation man weiß. Dies ist die Meinung des Paulus, der wir zu folgen haben." Andere Schriftsteller über die Stelle citirt Arndts § 510 Anm. 2.

b) Wer eine Erbportion erworben hat, erwirbt andere, ihm später deferirte Portionen von selbst, ohne Wissen und Wollen. Seine Antrittserklärung wird also auf alle später deferirten Portionen mit bezogen. Aber deferirt müssen sie ihm noch werden, der Erbe muß daher den Zeitpunkt der Delation der späteren Portion erleben.[4]

c) Viele nehmen mit Unrecht an, daß analog der Erbe, welcher eine ihm deferirte Portion ausgeschlagen hat, damit auch alle anderen ihm noch später deferirten Portionen zurückgewiesen habe. Was aber vom Erwerb gilt, findet nicht bei der Ausschlagung Anwendung. Wer die eine Portion ausschlug, kann eine andere, später deferirte, gleichwohl erwerben.[5]

d) Nach B.G.B. § 1951 gilt: Wer zu mehreren Erbtheilen berufen ist, kann, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, den einen Erbtheil annehmen und den anderen ausschlagen. Beruht die Berufung auf demselben Grunde, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbtheils auch für den anderen, selbst wenn der andere erst später anfällt. Setzt der Erblasser einen Erben auf mehrere

3) Es war dies übrigens Kontroverse der Juristen, welche Justinian durch die l. 20 C. de jur. deliberandi 6, 30 entschied. Vgl. l. un. § 10b C. de caducis toll. 6, 51: „cum sit absurdum ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere.“ Siehe l. 80 D. h. t. 29, 2, vgl. l. 26, l. 36 D. eod.

4) Vgl. oben Bd. 3 § 88 Anm. 10, l. 60 § 6 D. de her. inst. 28, 5. Einen Widerspruch enthält l. 53 D. h. t. 29, 2. Gajus libro 14 ad legem Juliam et Papiam: Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub condicione, et ex pura institutione adierit et decesserit posteaque condicio exstiterit, ea quoque pars ad heredem ejus pertinet. Sind also Jemandem zwei Portionen letztwillig zugewendet, die eine unbedingt und die andere bedingt, so soll genügen, daß er die unbedingte antrat, damit sein Erbe im Falle des Eintrittes der Bedingung der anderen Portion auch diese erhält, obgleich der eingesetzte Erbe den Eintritt der Bedingung der bedingt hinterlassenen Portion, also die Delation derselben nicht erlebte. Man müht sich ab, diese Stelle mit dem Resultate der anderen zu vereinigen, sei es durch Erklärung, sei es durch Emendation; siehe Arndts § 517 Anm. 4. Aber die bezüglichen subtilen Rechtssätze sind nicht ohne Weiteres in das Leben getreten. Es hat nichts Unwahrscheinliches, daß Gajus noch eine abweichende Ansicht hatte.

5) Ein ausdrückliches Zeugniß hierfür enthält l. 76 § 1 D. h. t. 29, 2. Javolenus libro 4 epistularum: Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare. Für die Ansicht des Javolenus sprechen gewichtige innere Gründe. Nach ihr wird dem Willen des Erblassers, dem Vortheil des Erben und den Interessen der Gläubiger Genüge geleistet. Die dagegen angeführte Analogie l. 10 §§ 2—4 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 ist schwerlich in ihrem Gesammtzusammenhange beweiskräftig. Es ist zu dieser Stelle die l. 40 D. de a. vel o. her. 29, 2 zu vergleichen. Die hier vertretene Ansicht hat Schlayer im Arch. für civ. Praxis Bd. 53 n. 2, anderer Ansicht ist Wendt ebendaselbst Bd. 55 n. 12; dagegen aber Pietak ebendaselbst Bd. 59 n. 1 und Ubbelohde Bd. 65 n. 12.

Erbtheile ein, so kann er ihm durch Verfügung von Todeswegen gestatten, den einen Erbtheil anzunehmen und den anderen auszuschlagen.

§ 163. B. Der Erwerb durch die Hauskinder.

1. Die Hauskinder — sui — erwerben den Nachlaß ihrer Ascendenten von Rechtswegen ohne Willen und Wissen, mögen sie nun als Intestaterben oder durch Testament berufen sein.[1]

Unter den sui verstanden die Römer hier nicht blos wie bei dem alten formellen Notherbenrechte die unmittelbar in der Gewalt des Erblassers stehenden, sondern auch entferntere Descendenten, also Enkel oder Urenkel, deren Parens zur Zeit des Todes des Hausvaters noch lebte und in dessen Gewalt stand.[2]

Da sich der Erwerb durch die sui ohne ihren Willen vollzieht, so erwerben sie auch die ihnen anfallende Erbschaft, wenn sie willensunfähig, insbesondere geisteskrank sind.[3]

Der Erwerb von Rechtswegen ist natürlich ein Vortheil, wenn die Erbschaft zahlungsfähig ist. Aber er war in alter Zeit eine große Härte, wenn sie insolvent war.

Deshalb kam es häufig vor, daß der Erblasser seinen suis durch Einsetzung unter einer Potestativbedingung die Entscheidung über den Erwerb der Erbschaft anheimgab.[4]

2. Von allgemeinerer Bedeutung war es, daß der Prätor den Hauskindern die Rechtswohlthat der **Abstinenz**, d. h. der Ausschlagung der Erbschaft, verlieh.[5] Diese Rechtswohlthat bedarf **nicht** besonderer **Erbittung** oder eines prätorischen Dekretes, vielmehr genügt einfache Erklärung des Hauskindes, die Erbschaft nicht zu wollen.[6] Es ist aber zu unterscheiden:

---

1) § 2 I. de heredum qualitate 2, 19, l. 3 pr. C. de jure deliberandi 6, 30. Es gehört hierher auch der postumus, welcher in der Gewalt des Erblassers gestanden hätte, wenn er zur Zeit seines Todes bereits geboren wäre.

2) l. 6 § 5 D. h. t. 29, 2. Vgl. oben Bd. 3 § 143.

3) § 3 I. de her. quae ab intestato 3, 1.

4) l. 12 D. de cond. inst. 28. 7, l. 87 D. de her. inst. 28, 5. Nur dann freilich konnte sich der unter der Potestativbedingung eingesetzte suus von der Erbschaft durch sein Nichtwollen losmachen, wenn ihm jemand substituirt war, welcher Erbe wird. Denn sonst wurde er eben nothwendiger Intestaterbe. Daher pflegte man in Rom dem suus einen Haussklaven zu substituiren, welcher, wenn der suus die Erbschaft nicht wollte, nothwendiger Erbe des Erblassers wurde.

5) Das Edikt scheint bereits zur Zeit Ciceros bestanden zu haben. Denn Cicero wirft Philipp II cap. 16 in fine dem Antonius vor: „hereditatem patris non adisse“. Wie übrigens die Volksmeinung über die Abstention urtheilte, ergiebt l. 7 C. de causis, ex quibus infamia 2, 11. Antoninus: Nemo ob id, quod bonis paternis se abstinuit, infamis est.

a) **Unmündige** erhalten das jus abstinendi unbedingt, auch wenn sie oder ihre Vormünder sich in die Erbschaft bereits eingemischt haben.[7] Abstiniren sie nach der Einmischung, so bleiben gleichwohl ihre inzwischen bona fide vorgenommenen Rechtshandlungen gültig.[8]

Den Unmündigen sind die Minderjährigen nach gemeinem Recht gleichzustellen, während sie in Rom einer Restitution gegen ihre Einmischung bedurften.[9]

b) Andere Hauskinder haben das Recht der Abstinenz nur, wenn sie sich nicht **immiscirt, d. h. als Erben betragen haben.** Auch dadurch gehen sie dieses Rechtes verlustig, daß sie dolos die Beiseiteschaffung von Erbschaftssachen bewirkten.[10 11]

Die Wirkung der Abstinenz ist, daß die Hauskinder **wie Nichterben behandelt werden.** Sie können daher von den Erbschaftsgläubigern nicht belangt werden[12] und sind andererseits nicht befugt, erbschaftliche Rechte auszuüben.[13] Pupillarsubstitutionen bleiben jedoch trotz der Abstinenz des Hauskindes bestehen.[14]

Abstinenz wird in der Regel nur bei Insolvenz der Erbschaft stattfinden. Es kommt daher meist in ihrem Gefolge zum Konkurse über den Nachlaß. Doch wird weiter deferirt.[15] Nicht minder tritt Akkrescenz ein, wenn ein Theilerbe abstinirt.[16]

---

6) l. 12 D. h. t. 29, 2, l. 1 C. si ut se hereditate 2, 38 (39). Ueber B.G.B. vgl. oben § 161 a. E.

7) l. 57 pr. D. h. t. 29, 2. Gajus libro 23 ad edictum provinciale: Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint. Mit Recht hebt Lenel, edictum S. 336 ff. hervor, daß der Prätor zwei Edikte erließ, das eine für den Fall „si pupillus heres erit", das andere „si pubes heres erit".

8) l. 44 D. h. t. 29, 2, l. 6 § 1 D. de rebus auct. jud. vend. 42, 5, l. 44 D. de re judicata 42, 1.

9) l. 90 D. de solutionibus 46, 3, l. 57 § 1 D. h. t.

10) l. 71 §§ 3 ff. D. h. t. 29, 2, vgl. l. 21 pr. D. eod.

11) Wer behauptet, daß der suus das beneficium abstinendi durch Einmischung in die Erbschaft oder durch Entwendung von Nachlaßobjekten verloren habe, muß dies selbstverständlich beweisen.

12) l. 57 pr. D. h. t., oben Anm. 7.

13) Entwendet der suus heres etwas nach der Erklärung der Abstinenz aus der Erbschaft, so begeht er ein furtum, l. 71 § 9 D. h. t. 29, 2.

14) l. 12 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6, l. 41, l. 42 pr. D. h. t. 29, 2, l. 28 D. de rebus auct. jud. 42, 5. Vgl. oben Bd. 3 § 89 Anm. 4.

15) l. 44 D. de re judicata 42, 1, l. 2 § 8 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17: „ne nudum nomen sui heredis noceat matri". l. 6 C. de legitim. 6, 58. Ja den ex testamento abstinirenden suis wird als Intestaterben neu deferirt, und sie können in dieser Eigenschaft erwerben, l. 1 § 7 D. si quis omissa causa 29, 4.

Die Immixtion des Großjährigen ist definitiv. Die Abstinenz ist dies nicht in gleicher Weise. Vielmehr kann sich der Abstinirende, solange die Vermögenslage nicht geändert ist, binnen 3 Jahren wieder für Annahme der Erbschaft entscheiden.[17]

3. B.G.B. § 1953 bestimmt über die Wirkung der Ausschlagung: Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt. Die Erbschaft fällt demjenigen zu, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt.

§ 164. Ueberlegungsfrist.[1]

I. Die Entscheidung des Erben zwischen Antritt der Erbschaft und Ablehnung ist gesetzlich an keine Frist gebunden, ebensowenig die des Hauskindes über Immixtion oder Abstinenz.

Es kann jedoch dem fremden wie dem häuslichen Erben vom Gerichte eine Ueberlegungsfrist — spatium deliberandi — gesteckt werden.[2]

1. Das Recht der Nachlaßgläubiger, die Ertheilung einer Ueberlegungsfrist an den Erben zu betreiben, war durch die Gestaltung des römischen Konkursrechtes veranlaßt.

Die Nachlaßgläubiger konnten nämlich Eröffnung des Konkurses über einen Nachlaß in der Regel nur beantragen, wenn es feststand, daß der Nachlaß keinen Erben fand.[3]

Um dies festzustellen, hatten die Gläubiger das Fragerecht gegenüber dem Berufenen.

Bejahte dieser, daß er Erbe sei, so haftete er ihnen als Erbe, verneinte er, so ging der Nachlaß in Konkurs.[4]

Der Erbe konnte sich aber auch eine Frist zur Deliberation erbitten.

16) Oben Bd. 3 § 91 Anm. 10.

17) l. 8 D. de jure deliberandi 28, 8, l. 6 C. de repudianda her. 6, 31.

1) Tit. Dig. de jure deliberandi 28, 8, Cod. 6, 30. Dedekind, das Deliberationsrecht des Erben und die Interrogationes in jure 1870.

2) Die Deliberationsfrist war in der Regel 100 Tage, zuweilen auch länger, l. 2 D. h. t. 28. 8. Aus besonderen Gründen konnte sie nachträglich verlängert werden, l. 3, l. 4 D. h. t. 28, 8. Justinian setzte das Maximum dessen, was der Richter gewähren könne, auf 9 Monate und das vom Regenten zu ertheilende Maximum auf ein Jahr, l. 22 § 13a C. h. t. 6, 30.

3) Cicero pro Quinctio cap. 19 § 60: tracta edictum . . . „cui heres non exstabit.“ Gajus III § 78: mortuorum bona veneunt . . . eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere.

4) l. 2—6 D. de interrogationibus in jure faciendis 11, 1. Das Nähere über dieses Fragerecht siehe bei Demelius, die confessio im römischen Civilprozeß 1880, Lenel, edictum S. 113.

Erklärte er sich dann innerhalb der Frist nicht, so galt er nach klassischem Recht als ausschlagend,[5] nach justinianischem aber als antretend.[6]

2. Der Erbe kann sich auch unaufgefordert eine Ueberlegungsfrist erbitten, die ihm im alten Rechte Vortheile gewährte.[7]

Justinian hat aber an die Ueberlegungsfrist, da sie Unterschlagungen durch den Berufenen erleichterte, Nachtheile geknüpft, welche diese Rechtswohlthat dem Erben verleiden müssen.[8]

3. Die Neueren lehren meist, daß die eventuell zu berufenden Erben, insbesondere die Substituten, zu dem Antrage legitimirt seien, daß das Gericht dem vor ihnen Berufenen eine Deliberationsfrist stecke.

Dies ist aber ohne gesetzliche Grundlage und hätte für die Antragsteller keinen Nutzen.[9] Denn ist der Nachlaß überschuldet, so haben sie kein Interesse, und ist er dies nicht, so treiben sie den vor ihnen Berufenen, indem sie ihn durch gerichtliche Maßnahmen erbittern, gerade zu der Antretungserklärung, die sie nicht wünschen.

Auch Vermächtnißnehmer sollen nach der herrschenden Ansicht das Recht haben, vom Testamentserben eine Erklärung über den Antritt zu erzwingen. Das könnte ihnen unter Umständen nützlich sein, hat aber auch keinen gesetzlichen Grund.[10]

---

5) Gajus II § 167 solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere, l. 1 § 11 D. de succ. edicto 38, 9. Existirten mehrere successiv zu berufende Erben, insbesondere Substituten, so war ihnen successiv eine Deliberationsfrist zu stellen, l. 10 D. h. t. 28, 8, l. 69 D. de a. v. o. h. 29, 2. Zog sich die Entscheidung lange hin, so trat das in l. 8 D. quibus ex causis 42, 4 angedeutete Nothverfahren ein. Vgl. Lenel, edictum S. 335. Siehe auch für Fälle bedingter Einsetzung l. 23 § 1 D. de her. inst. 28, 5, l. 4 D. de rebus a. 42, 5.

6) l. 22 § 14b C. de jure deliberandi 6, 30, l. 1 D. de curat. 42, 7.

7) l. 5 pr. D. h. t. 28, 8. Der Deliberirende erhält Einsicht in die Erbschaftspapiere. Er kann unter gerichtlicher Autorisation nicht konservirbare Nachlaßobjekte verkaufen, dringende Schulden tilgen, l. 5 § 1, l. 6 D. h. t. 28, 8. Der Sohn des Erblassers erhält ferner während der Deliberationszeit aus der Erbschaft Alimente, l. 9 D. eod. 28, 8.

8) l. 22 § 14 C. h. t. 6, 30. Wer deliberirt haftet, auch wenn er ein gehöriges Inventar errichtet, den Nachlaßgläubigern mit dem eigenen Vermögen, siehe unten § 171.

9) Allerdings ist in den von den Gegnern angeführten Stellen von Substituten die Rede, und hieraus ist die in den Lehrbüchern translaticische Lehre wohl entstanden. Allein nirgends ist ausgesprochen, daß die Substituten die Deliberationsfrist beantragen können. Die Substituten werden vielmehr nur in Betracht gezogen, weil an sie die Erbschaft kommt, wenn die Deliberirenden die Erbschaft ausschlagen oder wie ausschlagend zu behandeln sind. So vor Allem in der l. 22 § 14 C. h. t. 6, 30. Vgl. Bruns in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 S. 120. In der l. 23 § 1 D. de her. inst. 28, 5, auf welche sich Windscheid Bd. 3 § 598 Anm. 5 beruft, ist von Substituten überhaupt nichts zu finden. Es bleibt also dabei, daß, wie Brinz Bd. 3 S. 150 bemerkt, „das Mitgefühl den fehlenden Quellenbeweis ersetzen muß". Doch dies Mitgefühl reicht eine unpraktische Waffe.

II. B.G.B. hat die Ueberlegungsfrist beseitigt. Doch kann die Ausschlagung nur binnen 6 Wochen seit Kenntniß von dem Anfall und dem Grunde der Berufung erfolgen (§ 1944, vgl. auch § 1952). Ferner ist der nicht unbeschränkt haftende Erbe berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zum Ablaufe der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft, sowie bis zur Erledigung des Aufgebotes der Nachlaßgläubiger zu verweigern (§§ 2014, 2015). Doch wird durch die Geltendmachung dieser Einreden eine unter dem Vorbehalte der beschränkten Haftung ergehende Verurtheilung des Erben nicht ausgeschlossen (C.P.O. § 305). Die Zwangsvollstreckung beschränkt sich aber auf Sicherungsmaßregeln (C.P.O. § 782).

Drittes Kapitel.

Die Uebertragung der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

I. Transmission.

§ 165. Der Begriff der Transmission.[1]

Die Berufung giebt dem fremden Erben ein höchstpersönliches Recht zum Antritt. Dieses Recht ist regelrecht unveräußerlich und unvererblich.[2]

Die Unvererblichkeit der Berufung hatte den praktischen Vortheil, daß sie den Berufenen zu baldiger Entscheidung über den Antritt drängte. Denn der Tod des Berufenen konnte plötzlich eintreten, jeder weiteren Ueberlegung ein Ende machen und so den Verlust der angetragenen Erbschaft für die Angehörigen des Berufenen zur Folge haben.

Aber es lag in der Unvererblichkeit auch ein großer Uebelstand, wenn

---

10) Für die Vermächtnißnehmer ließe sich anführen, daß sie vielfach in den Quellen den „Erbschaftsgläubigern" zugetheilt werden. Warum also nicht auch hier? Die Genesis unserer Bestimmung spricht gegen ihre Unterstellung in unserem Falle. Denn nur solche Gläubiger konnten die Deliberationsfrist betreiben, welche an dem Konkurse über den Nachlaß im Falle des Nichtantrittes der Erbschaft betheiligt waren. Dahin gehörten aber die Vermächtnißnehmer nicht. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 52 n. 87.

1) Marezoll, z. L. v. d. s. g. Transmissionsfällen in Lindes Zeitschrift Bd. 2 n. 3; Steppes, die Transmission der Erbschaft 1831; Göring, die s. g. Transmissionsfälle im römischen Erbrecht in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 n. 3.

2) l. 3 § 7 D. de bon. poss. 37, 1, l. 7 C. de jure deliberandi 6, 30, l. un. § 5 C. de caducis tollendis 6, 51. Justinianus: . . . hereditatem enim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur.

der Tod den Berufenen überraschte, ehe er von der Berufung wußte oder die nothwendige Ueberlegung anstellen konnte.

Deshalb bildeten sich im späteren Rechte zahlreiche Transmissionsfälle aus, in welchen sich das Recht aus der Berufung, also das Recht zum Erbschaftsantritte vererbt.

Die Transmission gilt nicht als neue Berufung, sie ist Erhaltung und Uebertragung der bereits erfolgten.[3] Dem Nachfolger — dem Transmissar — liegen daher nothwendig dieselben Lasten auf, wie dem Transmittenten.

Die Rechtsstellung der fremden Erben und der gewaltuntergebenen Kinder des Erblassers hatte sich bereits durch die Gewährung des jus abstinendi an die Letzteren sehr genähert. Die Einführung der Transmissionsfälle nun that einen weiteren Schritt zur praktischen Annäherung.

Denn die Hauskinder übertrugen die ihnen angetragene Erbschaft ihres Hausvaters, auch wenn sie sich noch nicht eingemischt hatten, auf ihre Erben nach Rechtsnothwendigkeit.[4] Waren sie doch unmittelbar mit der Berufung Erben ihres Hausvaters geworden. Auf ihre Erben ging folgerecht auch das Recht, sich zu immisciren oder zu abstiniren über.[5] Das nennt man transmissio ex jure suitatis.

Aehnlich gestaltete sich nun das Recht der fremden Erben, wenn ein Transmissionsfall vorlag, da sich auch dann der Erbe des Berufenen für die Annahme der Erbschaft noch erklären kann. Freilich war dies nicht Regel, sondern Ausnahme, nicht Rechtskonsequenz, sondern Billigkeit.

Die von dem B.G.B. getroffene Regelung des Erbschaftserwerbes hat die Transmission entbehrlich gemacht und beseitigt.

§ 166. Die einzelnen Transmissionsfälle.

Zahlreiche Streitfragen bestehen bezüglich der Bedeutung und des Umfanges der einzelnen Transmissionsfälle.

Betrachtet man die verschiedenen Fälle der Transmission blos als willkürliche Ausnahmen von der allgemeinen Regel, so wird man geneigt sein, ihnen durch strikte Interpretation möglichst enge Grenzen zu ziehen. Beachtet man aber, daß hier ein

3) Daher geht regelmäßig der Transmissar des Instituten dessen Vulgarsubstituten vor. Vgl. oben Bd. 3 § 88 Anm. 14.

4) l. 8 C. de suis et legitimis 6, 55.

5) l. 7 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2. Diese Stelle hat den Fall vor Augen, daß der Haussohn, ehe er von dem Tode des Hausvaters erfahren hat, verstarb, „relicto filio necessario“, und gesteht diesem das jus abstinendi zu. Deshalb nehmen Manche den Uebergang des jus abstinendi nur für den Fall an, daß der Erbe des Hauskindes wiederum suus ist. Allein die Konsequenz spricht für die Ausdehnung auf alle Erben des suus, auch die fremden, Windscheid Bd. 3 § 595 Anm. 14 und dort citirte Schriftsteller.

neuer Gedanke nach Verwirklichung ringt, so wird man ihm, soweit dies die Gesetzesnorm zuläßt, Raum und Anerkennung zu sichern suchen.

1. Die römische Jurisprudenz erkannte transmissio „ex capite restitutionis in integrum" an, wenn der Berufene in Folge von Hindernissen, welche eine Restitution begründen, die Erbschaft verloren hat.[1] Es giebt zwei Klassen dieser Art:

a) Der Berufene verlor bei Lebzeiten in Folge eines Restitutionsgrundes das Recht des Antrittes der Erbschaft — etwa durch Fristversäumniß, da es an eine Frist geknüpft war — und verstirbt, ehe er die ihm gebührende Restitution gegen den Verlust erlangte. Hier geht sein Anspruch auf Restitution auf seine Erben über, und damit erlangen diese die Befugniß, statt ihres Erblassers anzutreten.[2]

b) Schwieriger ist der Fall, in welchem der Berufene zwar in Folge eines Restitutionsgrundes die ihm angetragene Erbschaft bei Lebzeiten nicht antrat, aber das Recht des Antrittes erst durch seinen Tod verlor, z. B. er war in Staatsgeschäften abwesend, wird inzwischen zu einer Erbschaft berufen und stirbt, ohne von der Berufung Kunde erlangt zu haben, zu einer Zeit, wo er noch antreten konnte.

Hier ließ sich gegen eine Restitution seiner Erben einwenden, daß der Berufene, solange er lebte, nichts verloren hat, also keinen Anspruch auf Restitution hatte, den er auf seine Erben vererben konnte, und daß in der Person der Erben kein Restitutionsgrund besteht.

Mit Recht hat man auch in diesem Falle den Erben die Restitution gewährt, denn schließlich war es doch auch hier der Restitutionsgrund, z. B. Abwesenheit, welcher den Verlust der Erbschaft — wenn auch nur indirekt — verschuldete.[3] [4]

2. Die transmissio Theodosiana oder der Descendenten gehört einer Verordnung von Theodosius II. und Valentinian III. aus dem Jahre 450 an.[5] Nach dieser Verordnung sollen testamentarisch eingesetzte Descendenten, auch wenn sie

---

1) Schröder in Jherings Jahrbüchern Bd. 15 n. 10 S. 409; Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 161 und dort citirte Schriftsteller.

2) l. 24 § 2 in fine D. de minoribus 4, 4, l. 1 C. de restitutione militum 2, 50.

3) l. 86 pr. D. de a. vel o. her. 29, 2. Papinianus libro 6 responsorum: Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret, heres institutus ante vita decesserat quam heredem se institutum cognosceret. quia bonorum possessionem, quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset. divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo qui legationis causa Romae erat et filium qui matris delatam possessionem absens amiserat sine respectu ejus distinctionis restitutionem locum habere, quod et hic humanitatis gratia optinendum est, l. 30 pr. D. eod. Mit Unrecht beschränken Viele diese Restitution auf den von Papinian behandelten Fall der Abwesenheit des Berufenen in Staatsgeschäften. Die Entscheidung hat eine allgemeine Bedeutung. Vgl. Köppen a. a. O. S. 163.

4) Den gleichen Charakter hat die Restitution in Fällen, in welchen der Berufene, solange er lebte, wegen Ungewißheit bezüglich der Delation oder wegen gesetzlichen Verbotes nicht antreten konnte, l. 1 § 1 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17, l. 3 § 30 D. de S. C. Silaniano 29, 5. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Köppen a. a. O. S. 163 Anm. 4.

5) l. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditates transmittunt 6, 52. Löhr im Archiv f. civ. Praxis Bd. 2 n. 14; Vangerow ebendaselbst Bd. 25 n. 14; Löhr in Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 7 n. 3; Huschke daselbst Bd. 9 n. 2; Webler, zur Lehre v. d. s. g. transmissio Theodosiana, Erlang. In.Diss. 1891.

vor Eröffnung des Testamentes sterben, ihre Erbportion auf ihre Descendenten transmittiren, damit diese der großväterlichen Erbschaft nicht beraubt werden.

Die juristische Tragweite dieses Gesetzes ist sehr bestritten. Manche vertheidigen eine gesetzliche Substitution der entfernteren Descendenten.[6] Die Verordnung jedoch spricht von einer „Transmission" und keineswegs von einer „Substitution". Hieran ist festzuhalten. Man wird daher folgende Erfordernisse anzunehmen haben:

a) Testamentarische Einsetzung von Descendenten durch den Erblasser. Der Gedanke mancher Schriftsteller, diese Transmission auch bei der Intestaterbfolge von Descendenten anzuwenden, entfernt sich ganz von der gesetzlichen Basis.[7]

b) Der eingesetzte Descendent muß bereits berufen gewesen sein, also namentlich den Testator überlebt haben. Dies ergiebt der Begriff der Transmission.[8] Wer freilich eine gesetzliche Substitution annimmt, kann zu einem anderen Resultate kommen.

c) Wegsterben des eingesetzten Descendenten vor seiner Erklärung über die Berufung und Hinterlassung von Descendenten.

d) Man muß auch fordern, daß der entferntere Descendent den eingesetzten näheren beerbt hat. Denn die großväterliche Erbschaft wäre, auch wenn der eingesetzte Descendent die Erbschaft, zu der er berufen war, angetreten hätte, an den Enkel nur gelangt, wenn dieser seinen eingesetzten Parens beerbt hätte. Es liegt nicht in dem Sinne der Verordnung, dem Enkel im Falle des Versterbens seines Parens mehr zuzutheilen, wie wenn dieser aus dem Testamente des Ascendenten angetreten hätte.[9]

e) Besonders bestritten ist die Frage, ob diese Transmission sich auf den Fall beschränkt, in welchem der eingesetzte Descendent vor der Eröffnung des Testamentes verstarb, wonach ihre Bedeutung eine geringe wäre, oder ob sie auch eintritt, wenn er nachher stirbt. Das Letztere ist das Richtige.[10]

---

6) So namentlich Löhr a. a. O. Die Verfügung der l. un. C. cit. aber lautet: „derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere", vgl. Vangerow a. a. O. S. 454.

7) Diese Ausdehnung ist auch kein Bedürfniß, wenn man, wie wir oben thaten, annimmt, daß nach der Novelle 118 auch in der Descendentenklasse successio graduum stattfindet, daß die successive Delation der Akkrescenz der Miterben vorgeht, und daß die successive Berufung selbst an Personen gehen kann, die zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht koncipirt waren.

8) Vangerow a. a. O. S. 452.

9) Anders Vangerow a. a. O.

10) Die heutzutage herrschende Lehre nimmt an, unsere Transmission sei durch die Bestimmungen der lex Papia Poppaea veranlaßt, „wonach regelmäßig ein ex parte eingesetzter Erbe die Erbschaft nicht ante apertas tabulas antreten, also, wenn er früher starb, dieselbe nicht als schon erworbene auf seine Erben transmittiren konnte". Der Zweck der Verordnung sei also nur gewesen, diesen Kaducitätsfall in einem gewissen Maße zu beseitigen, indem man die Descendenten der eingesetzten Descendenten succediren ließ, wenn diese ante apertas tabulas wegfielen. Allein die entscheidenden Worte der Verordnung harmoniren mit dieser Lehre nicht. Es heißt da, die Descendenten sollen ihre Erbportion auf ihre Nachkommen transmittiren, „licet non sint invicem substituti seu cum extraneis seu soli sint instituti et ante apertas tabulas defuncti". Damit wird ausgesprochen, die Transmission solle auch eintreten, wenn die Erbportion eigentlich caducum wäre, wie namentlich der Fall ist, wenn nicht durch gegenseitige Substitution der Miterben die Kaducität ausgeschlossen ist. Die Verordnung will also die Transmission nicht etwa auf den Fall beschränken, in welchem nach dem Rechte der Zeit Kaducität eintrat, sondern nur hervorheben, daß sie auch in diesem Falle einzutreten habe. Für die Gegner spricht allerdings die Ueberschrift des Titels. Aber Titelüberschriften

3. Die transmissio Justinianea oder der Erben ist allgemein für die Erben des Berufenen bestimmt.[11] Sie ist nur zeitlich beschränkt. In der Regel ist ihre Grenze ein Jahr, von dem Augenblicke an, in welchem der Berufene die Berufung erfuhr.[12] Die Frist verkürzt sich aber, wenn dem Berufenen eine kürzere Deliberationsfrist ertheilt ist, auf deren Zeit.

Streitfrage ist, ob diese Transmission auch eintritt, wenn der Berufene verstarb, ehe er die Berufung erfahren hat?

Dafür spricht zwar nicht das Wort des Gesetzes, wohl aber dessen allgemeine Tendenz.[13] Die Frist läuft in diesem Falle sinnentsprechend von dem Augenblicke an, in welchem der Erbe des Berufenen die Kenntniß der Berufung seines Erblassers erhält.[14]

4. Theodosius und Valentinian III. gewährten dem Vater die s. g. transmissio ex capite infantiae.[15]

Wenn einem Kinde unter 7 Jahren eine Erbschaft angetragen wird, und wenn

---

haben keine gesetzliche Kraft und fallen selbst bei einer sorgfältigeren Gesetzgebung, als es die justinianische Kompilation ist, leicht inkorrekt aus, weil sie die Auffindung und Uebersicht erleichtern, nicht aber Gesetz sein sollen. Die hier vertheidigte Meinung war in früherer Zeit die herrschende. Erst in neuerer Zeit hat die entgegengesetzte Platz gegriffen, vor Allem auch in Folge der Ausführungen von Vangerow.

11) l. 19 C. de jure deliberandi 6, 30. Vangerow im Archiv für civ. Praxis Bd. 24 n. 5; Wieding, die Transmission Justinians 1859.

12) Wieding a. a. O. und Brinz Bd. 3 S. 162 Anm. 27 erachten als Anfangspunkt für die Jahresfrist den Augenblick des Todes des Erblassers. Es stimmt dies nicht mit der l. 19 cit. § 3, obgleich nicht zu leugnen ist, daß deren Ausdrucksweise ziemlich verworren ist.

13) Die Zulassung der Transmission der Erben in Fällen, in welchen der Berufene ohne Kenntniß der Berufung verstarb, vertheidigt gründlich und überzeugend Vangerow a. a. O. S. 178. Ihm folgt Windscheid Bd. 3 § 600, R.G. Bd. 41 S. 161. Für die Gegenansicht ist u. A. Köppen, Lehrbuch S. 171 Anm. 1. Die Ansicht Vangerows hat die besseren Gründe für sich. Allerdings hat Justinian in seiner Verordnung den gewöhnlichen Fall vor Augen, daß der Berufene die Berufung erfahren und sich noch nicht über dieselbe entschieden hat. Aber im § 1 stellt er nur folgende Bedingungen der Transmission auf: a) Berufung zur Erbschaft, mag nun der Berufene eine Deliberationsfrist erbeten haben — deliberationem meruerit — oder nicht, b) daß der Berufene noch nicht ablehnte — die Worte „ut ex hac causa deliberare videatur“ sind Motiv des Gesetzgebers, keine Beschränkung der Disposition —, c) die Präklusivfrist eines Jahres. Wenn dann die Verordnung vom § 2 an die Frist nur für den Fall näher normirt, in welchem der Berufene Kenntniß der Berufung hatte, so folgt daraus nicht, daß die Transmission auf diesen Fall beschränkt sein sollte. Daß dies in der That nicht die Meinung Justinians war, ergiebt die Novelle 158. Dieselbe entscheidet einen Rechtsfall, in welchem eine Mutter mit Hinterlassung einer unmündigen Tochter verstarb, die nach wenigen Tagen gleichfalls durch den Tod weggerafft wurde. Obgleich die unmündige Tochter im Rechtssinne keine Kenntniß von ihrer Berufung haben konnte, soll sie doch das Recht der Antretung der Erbschaft ihrer Mutter auf ihre Erben transmittiren; besonders, fügt Justinian hinzu, weil sie innerhalb eines Jahres vom Tode der Mutter gestorben ist. Daß diese beiläufige Bemerkung, welche unter allen Umständen, so wie sie steht, nicht ausreicht, keine Vorschrift über die Berechnung der Frist enthält, ist klar. Die Novelle 158 ist nicht glossirt. Als Zeugniß für die Auffassung Justinians behält sie aber gleichwohl ihr Gewicht.

14) So Göring a. a. O. S. 177. Meist läßt man die Frist in diesem Falle vom Tode des Berufenen an laufen.

15) l. 18 §§ 1 ff. C. de jure deliberandi 6, 30.

das Kind stirbt, bevor es die Erbschaft erworben hat, so soll sie sein Vater, selbst wenn er nicht dessen Gewalthaber war, anstatt des Kindes für sich erwerben können.[16]

II. Die Veräußerung des Rechtes aus der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

§ 167. Abtretung des Rechtes aus der Berufung.

Das altrömische Recht kannte die Abtretung einer deferirten, noch nicht erworbenen hereditas legitima durch in jure cessio.[1] In Folge dieser Cession galt der Cessionar als der Erbe; er war als solcher ausschließlich erbberechtigt und ausschließlich den Erbschaftsgläubigern verpflichtet. Der Cedent aber hatte weder erbschaftliche Rechte noch Pflichten.

Solche Cession der Erbschaft war den suis nicht möglich, weil sie unmittelbar mit der Berufung Erben geworden sind; ebensowenig den Testamentserben, welche als Vertrauenspersonen des Erblassers die Erbschaftsverhältnisse persönlich zu ordnen hatten.

Manche betrachten die Abtretung einer deferirten gesetzlichen Erbschaft als ein dem jüngsten römischen und dem gemeinen Rechte angehörendes Institut.[2]

Hiergegen sprechen aber äußere und innere Gründe.

Denn in der justinianischen Kompilation sind alle Stellen des älteren Rechtes ausgemerzt, welche das Institut regelten. Einige Anspielungen auf dasselbe sind allerdings nicht eliminirt. Aber sie sind viel zu entfernt, als daß sich die Voraussetzungen und Wirkungen des Institutes aus ihnen rekonstruiren ließen.[3]

---

16) Köppen, System S. 401 spricht dieser Transmission die praktische Geltung ab. Sie ist jedenfalls ein Anachronismus, seit der Nachlaß des unmündigen Kindes nicht mehr ausschließlich dessen Vater zukommt.

1) Das Nähere siehe bei Gajus II §§ 35 ff., III § 85; Ulpian. fragm. XIX §§ 12 ff.; Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 94; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 341; Avenarius, Erbschaftskauf S. 4.

2) Hierfür sind Puchta, Pand. § 503 und Windscheid Bd. 3 § 601 Anm. 4 dagegen ist Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 143 Anm. 2.

3) Die Hauptstelle ist die l. 4 § 28 D. de doli mali exc. 44, 4. Ulpianus libro 76 ad edictum: Si, cum legitima hereditas Gaji Seji ad te perveniret, et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus qui ei cessit, non potest pati. Dieser Entscheidung Ulpians lag allerdings der Gedanke zu Grunde, daß die Klagen des Cessionars der hereditas legitima aus seinem eigenen, durch die Cession geschaffenen Erbrechte erwachsen, daß er also nicht mit einer ihm abgetretenen Erbschaftsklage seines Verkäufers auftrete. Es ist aber nicht anzunehmen, daß die Kompilatoren diesen Zusammenhang durchschauten. Sie unterstellten vielmehr einen gewöhnlichen Erbschaftskauf und flickten auf denselben

Die Zulassung solcher Cession ist aber auch bedenklich. Denn sie ermöglicht dem berufenen Erben, sich den pekuniären Vortheil der Erbschaft durch den Kaufpreis anzueignen und die Erbschaftsgläubiger auf einen chikanösen und gewissenlosen Käufer zu verweisen.

§ 168. Die Veräußerung der Erbschaft.[1]

Zulässig sind Veräußerungen, insbesondere Verkäufe erworbener Erbschaften.[2] [3]

Solche Geschäfte ändern nichts an den Verpflichtungen des Erben gegenüber den Erbschaftsgläubigern und anderen Berechtigten.

Sie begründen aber zwischen den Kontrahenten die gegenseitige Verbindlichkeit, das wirthschaftliche Resultat herzustellen, wie wenn der Käufer und nicht der Verkäufer der Erbe wäre.[4]

1. Der Verkäufer ist hiernach zur Uebertragung aller Nachlaßaktiven verbunden. Er hat körperliche Sachen durch Tradition zu übereignen,[5] Forderungen durch Cession.[6] Und zwar ist zu übertragen,

---

eine Entscheidung auf, welche zwar zu dessen Principien nicht paßte, die ihnen aber zweckmäßig schien.

1) Tit. Dig. de hereditate vel actione vendita 18, 4. Cod. 4, 39; Keller, Institutionen S. 325; Avenarius, der Erbschaftskauf 1877. Nach B.G.B. § 2371 bedarf der Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

2) In dem Verkaufe einer dem Verkäufer deferirten Erbschaft liegt zugleich deren Antritt durch den Verkäufer, eine pro herede gestio. Schwer begreiflich ist, daß dies z. B. Arndts § 512 in Abrede stellt und Köppen, Lehrbuch S. 154 die Veräußerung einer erst deferirten Erbschaft gar „als nichtig" erachtet. Gilt doch sogar als Erbschaftsantritt, wenn der Berufene die ihm deferirte Erbschaft testamentarisch weiter vermacht, l. 6 C. de jure deliberandi 6. 30. Allerdings findet sich die Aeußerung Ulpians libro 7 ad Sabinum l. 6 D. de R. J. 50, 17: Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem. Das war aber bezüglich der alten in jure cessio hereditatis von Ulpian ausgesprochen. Es paßt im justinianischen Rechte etwa noch für Fälle, in denen der Institut durch Vertrag mit dem Substituten diesem die Erbschaft überläßt.

3) Denkbar ist auch der Verkauf der einem Dritten zugefallenen Erbschaft, l. 8 D. h. t. 18, 3. Es muß aber eine Erbschaft bestehen, damit das Geschäft gültig sei, l. 7 D. h. t. 18, 4.

4) l. 2 pr. D. h. t. 18, 4. Ulpianus libro 49 ad Sabinum: Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset, l. 2 § 18 D. cit. . . . aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere.

5) Der Verkäufer bleibt natürlich Eigenthümer der Nachlaßsachen, solange deren Tradition an den Erbschaftskäufer nicht vollzogen ist. Daher l. 6 C. h. t. 4, 39.

6) Vgl. l. 5 C. h. t. 4, 39. Auch Forderungen und andere Rechte, welche der Verkäufer persönlich für Rechnung der Erbschaft erwarb, hat er abzutreten, l. 2 § 8 D. h. t. 18, 4. Vgl. auch B.G.B. § 2374 a. E.

was zum Nachlaß im Augenblicke des Verkaufsabschlusses gehört[7] und sich hieraus noch weiter entwickelt.[8] Wegen solcher Erbschaftsobjekte, die der Verkäufer vor dem Verkaufe der Erbschaft entfremdete, haftet er, wenn ihm Dolus oder grobe Verschuldung zur Last fiel, dem getäuschten Käufer.[9]

Der Verkäufer steht in der Regel dafür ein, daß dem Käufer der verkaufte Nachlaß zukommt und verbleibt.[10] Aber wegen Eviktion oder wegen verborgener Mängel einzelner Nachlaßobjekte haftet er nicht, außer im Falle besonderer Garantie, bei Dolus und grober Verschuldung.[11]

Streitig ist, ob der Käufer, welcher von einem Theilerben dessen Erbe kauft, auch die später seinem Verkäufer anwachsenden Theile zu beanspruchen hat? Es ist dies Frage der Auslegung des Vertrages, im Zweifel aber zu verneinen.[12]

2. Der Käufer hat eine doppelte Verbindlichkeit nämlich:

a) den bedungenen Kaufpreis zu entrichten,

b) dem Verkäufer die Erbschaftslasten abzunehmen.[13]

3. Ansprüche zwischen dem Verkäufer und dem Erblasser, welche durch den Erbschaftserwerb konfundirt wurden, sind ihrem wirthschaftlichen Erfolge nach wieder herzustellen.[14]

4. Die Erbschaftsgläubiger und Legatare können den Verkäufer als ihren Schuldner, unerachtet des Verkaufes, in Anspruch nehmen.[15]

Nach gemeinem Rechte übernimmt aber auch der Erbschaftskäufer

---

7) l. 2 § 1 D. h. t. 18, 4. Plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit id videatur venisse. Vgl. B.G.B. § 2374.

8) l. 2 § 4 D. h. t. 18, 4.

9) l. 2 § 5 D. h. t. Die l. 2 § 3 D. h. t. bemerkt „sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit“. Dies ist gewiß nicht ohne Unterscheidung anzuwenden, weil keineswegs unter allen Umständen den Vertragsintentionen entsprechend. Nach B.G.B. § 2375 haftet der Verkäufer wegen Verbrauches, unentgeltlicher Veräußerung und unentgeltlicher Belastung von Erbschaftsgegenständen. Ueber den Fall einer Schenkung der Erbschaft vgl. § 2385 Abs. 2.

10) Vgl. B.G.B. § 2376 Abs. 1. Es kann auch blos das „etwaige“, vermeinte Erbrecht des Verkäufers veräußert sein. Dann haftet der Verkäufer, wenn sich seine Erbansprüche als illusorisch herausstellen, nicht, es falle ihm denn Dolus zur Last, l. 10, l. 11 D. h. t. 18, 4.

11) l. 1 C. de evictionibus 8, 44, l. 14 in fin., l. 15 D. h. t. 18, 4, l. 33 pr. D. de aedilicio edicto 21, 1, B.G.B. § 2376 Abs. 2.

12) Siehe oben § 122 Anm. 9. Die Ansichten sind sehr getheilt, vgl. die bei Avenarius a. a. O. S. 58 Citirten. Wie hier B.G.B. § 2373.

13) Vgl. B.G.B. §§ 2378—2380.

14) l. 2 § 18 und § 19 D. h. t. 18, 4, l. 9 D. communia praediorum 8, 4, B.G.B. § 2377.

15) l. 2 C. h. t. 4, 39, l. 28 D. de donationibus 39, 5. Ebenso B.G.B.

die Erbschaftsschulden mittels des Kaufgeschäftes, so daß ihn die Gläubiger gleichfalls belangen können.[16] Nach B.G.B. § 2382 Abs. 2 kann die Haftung des Käufers den Gläubigern gegenüber nicht durch Vereinbarung zwischen dem Käufer und dem Verkäufer ausgeschlossen oder beschränkt werden.[17]

Viertes Kapitel.

Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

I. Die Repräsentation des Erblassers durch den Erben.

§ 169. Die Rechtsstellung des Erben im Allgemeinen.

Der Erbe tritt in Folge des Erbschaftserwerbes an die Stelle des Erblassers.[1] Demnach werden:

a) alle vererblichen Rechte und Pflichten des Erblassers unmittelbar mit dem Erbschaftserwerbe die seinen.

Dies gilt insbesondere von den Rechten und Pflichten, die dessen Vermögen zugehörten. Denn die Vererblichkeit der Vermögensrechte ist die Regel.[2]

Der Besitz dagegen ist unvererblich.[3]

b) Des weiteren verbinden die Rechtshandlungen des Erblassers den Erben wie eigene Handlungen.[4] Hat daher der Erblasser Sachen seines künftigen Erben veräußert[5] oder verpfändet,[6] so konvalescirt das vom Erblasser verliehene Recht mit dem Erwerb des Erben.

c) In Folge der Universalsuccession fließen die Vermögen des Erblassers und des Erben zu einer Einheit zusammen. Daher erlöschen

---

16) Dies ist freilich bestritten. Vgl. aber die bei Avenarius a. a. O. S. 93 citirten Belege.

17) Vgl. auch B.G.B. § 2383.

1) Siehe oben Bd. 3 § 55. Seltsam und unglücklich ist die neuerdings von Steinlechner, d. schwebende Erbr. S. 419 ff., aufgestellte Ansicht, daß der Erbschaftsantritt die Ratihabition der Berufung durch den Delaten darstelle, was auch für die gesetzliche Erbfolge gelten soll.

2) Unvererblich sind unter anderem Nießbrauch — vgl. oben Bd. 1 § 246 — und Alimentationsansprüche — oben Bd. 2 § 31. — Ueber die passive Unvererblichkeit der Deliktsansprüche siehe oben Bd. 2 § 129.

3) Oben Bd. 1 § 182 Anm. 13. Anders B.G.B. § 857.

4) Daher der Spruch: „heres facta defuncti praestare debet“.

5) Oben Bd. 1 § 216 Anm. 10.

6) Oben Bd. 1 § 267 Anm. 10.

Forderungen und dingliche Rechte, die zwischen dem Erblasser und dem Erben bestanden, mit dem Erbschaftserwerbe durch Konfusion.

Immerhin wirkt die historische Thatsache, daß der Nachlaß des Erblassers in dessen Hand ein selbständiges Vermögen bildete, auch nach dem Erbschaftserwerb noch fort. Daher muß die Erbschaft noch immer in vielen und wichtigen Beziehungen als eine Einheit — ein Sondervermögen — behandelt werden.[7] Als ein solches Sondervermögen erscheint die Erbschaft namentlich bei Anordnung eines Universalfideikommisses, ferner im Falle der Separation des Nachlasses auf Antrag der Erbschaftsgläubiger, in gewissem Maße auch, wenn der Erbe die Rechtswohlthat des Inventars hat, und bei der Erbschaftsklage.

§ 170. Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger.[1]

I. Die Konfusion des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben ist den Erbschaftsgläubigern nachtheilig, wenn der Erbe überschuldet, der Nachlaß aber nicht oder doch weniger überschuldet ist. Denn in Folge der Konfusion der Vermögen unterliegen die Erbschaftsgläubiger nunmehr der Konkurrenz der eigenen Gläubiger des Erben und müssen mit diesen im Falle der Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen des Erben in das Theil gehen, während sie ohne den Antritt des Erben aus dem Nachlasse vollständige oder doch bessere Befriedigung erwarten durften.

Hierin liegt eine Unbilligkeit, welche gesunder Kreditgewährung nicht förderlich ist. Denn der Gläubiger kann bei der Kreditirung nur die Person und die Umstände seines Mitkontrahenten prüfen, nicht aber berechnen, wie lange er lebt und wer sein Erbe wird.

Andererseits ist der Vortheil, den die eigenen Gläubiger des Erben auf Kosten der Erbschaftsgläubiger erlangen, ein unverdienter; er würde nicht selten eine Prämiirung ungesunden Kredites bilden.

Diese Erwägungen führten dahin, den Erbschaftsgläubigern Separation des Nachlasses zu gewähren, damit sie sich aus demselben vorzugsweise befriedigen.[2] Sie haben dies Recht nicht blos im Falle des Konkurses des Erben, sondern auch, wenn sie sonst durch die Konkurrenz der Gläubiger des Erben gefährdet wären.[3]

7) Andere Auffassungen hat Brinz Bd. 3 S. 2.

1) Tit. Dig. de separationibus 42, 6, Cod. de bonis auct. judicis possidendis . . . et de separationibus 7, 72. Oertmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 17 S. 257, Iherings Jahrb. Bd. 34 S. 82.

2) l. 1 § 1 D. h. t. 42, 6.

3) Der Prätor versprach die Separation „causa cognita", l. 2 C. h. t. 7, 72.

1. Jeder einzelne Nachlaßgläubiger ist selbständig zum Antrage auf Separation befugt.[4]

Auch Legatare haben das Separationsrecht, denn auch sie verdienen Befriedigung aus dem Nachlasse vor den Gläubigern des Erben.[5]

2. Der Antrag auf Separation ist ausgeschlossen:

a) wenn der Antragsteller den Erben bereits als Schuldner annahm,[6]

b) wenn die Separation thatsächlich unausführbar wurde, weil die Vermögen unscheidbar verschmolzen sind,[7]

c) nach Ablauf von 5 Jahren von dem Erbschaftserwerb an.[8]

3. Die Separation geschieht durch richterliches Erkenntniß. Zu ihrer Durchführung ist ein Nachlaßkurator zu ernennen, welcher die Gläubiger befriedigt. Ist der Nachlaß überschuldet, so kann Konkurs über ihn eröffnet werden.[9] Ueberschuß über die Erbschaftsschulden kommt natürlich dem Erben, beziehungsweise seinen Gläubigern zu gute.

4. Die Separation ergreift, was der Erblasser direkt hinterließ, wie auch, was sich aus dem Nachlasse entwickelt hat.

Verfügungen des Erben über den Nachlaß zu Gunsten Dritter bis zur Separation bleiben auch nachher in Kraft, sofern sie nicht im Einverständniß mit dem Dritterwerber dolos zum Nachtheile der Erbschaftsgläubiger vorgenommen wurden.[10]

5. Unter den römischen Juristen war streitig, ob Nachlaßgläubiger, welche die Separation erlangt hatten, wenn sich der Nachlaß hinterher als unzureichend erwies, wiederum den Erben als ihren persönlichen Schuldner mit seinem eigenen Vermögen in Anspruch nehmen können?

Hierfür ließ sich das strenge Recht geltend machen. Aber nachdem die Erbschaftsgläubiger den Erben als ihren Schuldner zurückgewiesen und ihm den Nachlaß entzogen haben, fordert es die Konsequenz, daß

Sie wurde danach vorzugsweise in Fällen des Konkurses des Erben bewilligt, l. 1 §§ 1 und 9, l. 6 D. h. t. 42, 6, aber auch in anderen Fällen, l. 1 §§ 6 und 18 D. h. t.

4) l. 1 § 16 D. h. t. 42, 6.

5) l. 6 pr. D. h. t. 42, 6. Den Erbschaftsgläubigern stehen sie natürlich nach.

6) l. 1 §§ 10, 11 und 15 D. h. t. 42, 6. Solche Kreditirung liegt z. B. im Abschluß neuer Zinsverträge mit dem Erben, Annahme eines Bürgen, keineswegs aber schon darin, daß man Zinszahlungen auf verzinsliche Erbschaftsschulden vom Erben annimmt. Offenbar genügt auch nicht Klage gegen den Erben, trotzdem „judicio contrahitur", denn die Klage geschieht „ex necessitate", l. 7 D. h. t. 42, 6.

7) l. 1 § 12 D. h. t. 42, 6.

8) l. 1 § 13 D. h. t. 42, 6.

9) Die Separation hat zur Folge, daß der Nachlaß bezüglich der Nachlaßgläubiger so zu behandeln ist, wie wenn nicht angetreten wäre.

10) l. 2 D. h. t. 42, 6. Die Worte „si nulla fraudis incurrat suspicio" sind auf den Fall einer Kollussion mit dem Dritterwerber zu beziehen.

auch dieser von ihnen befreit ist. Dies haben daher die späteren römischen Juristen mit Recht angenommen.[11]

6. Haben auch die Gläubiger des Erben das Recht auf Separation des Vermögens des Erben, wenn die Erbschaft, welche ihr Schuldner antrat, insolvent ist und die Konkurrenz mit den Gläubigern des Erblassers ihnen daher Schaden bringt? Was dem Einen recht ist, scheint dem Anderen billig. Dennoch wird eine solche Separation nicht zugelassen,[12] und zwar mit Recht. Denn die Gläubiger des Erben müssen es sich selber zuschreiben, wenn sie einem Schuldner kreditiren, welcher unvorsichtigerweise eine insolvente Erbschaft antritt, wie sie ja überhaupt durch verlustbringende Geschäfte desselben benachtheiligt werden können. Warum haben sie sich mit ihm eingelassen?

II. B.G.B. hat das Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger beseitigt. An die Stelle ist § 1981 Abs. 2 getreten. Danach kann innerhalb zweier Jahre seit der Annahme der Erbschaft jeder Nachlaßgläubiger eine Nachlaßverwaltung beantragen. Die Nachlaßverwaltung ist anzuordnen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird. Der Nachlaßverwalter hat den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse zu berichtigen (§ 1985), er darf dem Erben den Nachlaß erst ausantworten, wenn die bekannten Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind (§ 1986).

§ 171. Die Rechtswohlthat des Inventars.[1]

I. Der Erbe haftet den Erbschaftsgläubigern persönlich, auch wenn der Nachlaß überschuldet ist.[2]

---

11) Die Entscheidungen der römischen Juristen widersprechen sich. Der Widerspruch ist historisch zu erklären. Da der Erbe an sich Schuldner der Nachlaßgläubiger geworden ist, glaubte ihn die Jurisprudenz ursprünglich seiner persönlichen Haftung trotz des Separationsgesuches des Gläubigers nicht entbinden zu können. Auf diesem Standpunkte stand noch Papinian, welcher sich daher nur für eine Beschränkung der Rechte der Nachlaßgläubiger aussprach, l. 3 § 2 D. h. t. 42, 6. Paulus dagegen in der l. 5 D. eod. wie auch Ulpian in der l. 1 § 17 D. eod. gingen weiter und behandelten mit Recht das Separationsgesuch des Gläubigers als Verzicht auf die persönliche Inanspruchnahme des Erben. Die Ansichten der Neueren sind getheilt. Windscheid Bd. 3 § 607 Anm. 10 z. B. will gegenüber dem Widerspruche der Quellen dabei stehen bleiben, daß der Erbe Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden ist.

12) l. 1 § 2 D. h. t. 42, 6.

1) Buchholtz in Lindes Zeitschrift Bd. 10 S. 402, Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 355, siehe ferner Hofmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 555, Kollenscher, das beneficium inventarii, Würzburger Diss. 1898.

2) l. 8 pr. D. de a. vel o. her. 29, 2. Ulpianus libro 7 ad Sabinum ...

Auch in der älteren Zeit fehlte es nicht ganz an Hülfe gegen die hieraus erwachsenden Nachtheile. Der Erbe konnte, falls sich nach dem Erbschaftserwerbe eine nicht voraussehbare Schuldenlast ergab, wegen entschuldbaren Irrthums Restitution erlangen, und Soldaten gab man seit Gordian ohne Weiteres Restitution, wenn sich Ueberschuldung des Nachlasses herausstellte.[3] Doch Ausnahmen vom Principe lagen hierin nicht. Denn die so Begünstigten hörten in Folge der Restitution auf Erben zu sein, waren also keineswegs Erben mit beschränkter Haftung.

II. Erst Justinian führte mittels der Rechtswohlthat des Inventars eine beschränkte Haftung der Erben ein.[4] Wenn nämlich der Erbe — welcher sich nicht eine Ueberlegungsfrist erbittet[5] — ein Inventar, d. h. ein Verzeichniß der Nachlaßobjekte, rechtzeitig und in gehöriger Form errichtet, soll er den Nachlaßgläubigern nur auf den Betrag des Nachlasses verpflichtet sein.

Hierdurch näherte sich das jüngste römische Erbrecht in merkwürdiger Weise dem älteren deutschen Rechte, in welchem der Gedanke überwog, daß der Erbe den Erbschaftsgläubigern nur mit dem Nachlasse verpflichtet sei.

Nach B.G.B. tritt eine auf den Nachlaß beschränkte Haftung des Erben ein, wenn behufs Befriedigung der Nachlaßgläubiger eine Nachlaßpflegschaft angeordnet ist oder wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet wurde, § 1975, vgl. dazu § 1990. Es kann ferner im Wege eines Aufgebotsverfahrens die Anmeldung der Nachlaßforderungen herbeigeführt werden. Wer sich nicht meldet, hat nur Anspruch auf Befriedigung aus dem Nachlaß nach Berichtigung der angemeldeten Forderungen aus demselben, § 1973. Die Errichtung eines Inventars führt die Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß nicht herbei. Wer das Inventar innerhalb der ihm gerichtlich gesetzten Frist versäumt, haftet aber endgültig unbeschränkt, § 2009.

III. Die Einzelheiten des justinianischen Inventarrechts sind folgende:

1. Die Rechtswohlthat wird durch die rechtzeitige Errichtung des Inventars erworben. Es bedarf keiner besonderen Erklärung hierüber, noch auch einer speciellen Verleihung durch die Obrigkeit.

---

hereditas autem, quin obliget nos aeri alieno etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est.

3) § 6 J. de heredum qualitate 2, 19.

4) l. 22 C. de jure deliberandi 6, 30 aus dem Jahre 531, § 6 J. de her. qualitate 2, 19 und nov. 1 cap. 2.

5) l. 22 § 14 C. h. t. 6, 30. Also verordnete Justinian, weil er die Deliberationsfrist, die er nicht gerade beseitigen wollte, den Erben zu verleiden dachte. Vgl. oben Bd. 3 § 164.

Erforderlich ist Beginn der Inventarisirung binnen 30 Tagen von Kenntniß der Berufung an, und Vollendung des Inventars binnen weiterer 60 Tage. Die Frist erstreckt sich auf ein Jahr vom Tode des Erblassers an, wenn der Wohnsitz des Erben von dem Orte entfernt ist, an welchem sich der Nachlaß mindestens zum größeren Theile befindet.[6]

Bei der Errichtung ist ein Notar und es sind die ortsanwesenden Gläubiger und Legatare, in Ermangelung solcher 3 ortsansässige Zeugen zuzuziehen.[7]

Der Erbe und der Notar müssen unterschreiben. Der Erbe hat einen Offenbarungseid zur Bekräftigung des Inventars auf Verlangen der Erbschaftsgläubiger und Legatare zu leisten.[8]

Soldaten soll Versäumniß der Frist und Verfehlung gegen die Form nicht schaden.[9]

In der deutschen Praxis wurde die Rechtswohlthat meist durch die Erklärung bei Gericht, daß man sub beneficio inventarii antrete, gewahrt, worauf das Gericht das Inventar aufnahm.[10]

2. Die Verpflichtung des s. g. Inventarerben — Beneficialerben — beschränkt sich auf die Mittel des Nachlasses.

Der Nachlaß ist dabei zu berechnen nach Abzug der Kosten der Inventarisirung und der Liquidation der Erbschaft, sowie der Kosten der Beerdigung des Erblassers. Forderungen, die der Erbe gegen den Erblasser hatte, mindern die Masse,[11] Forderungen des Erblassers gegen den Erben vermehren sie.

Bei der Durchführung der Rechtswohlthat ergeben sich schwierige Probleme.

a) Es wäre denkbar, daß vollständige Separation des Nachlasses vom Vermögen des Erben bis zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger einträte.

Hiervon war gemeinrechtlich nicht die Rede. Insbesondere verfügte der Erbe frei über den Nachlaß.[12] [13]

---

6) Nach B.G.B. § 1995 soll die Inventarsfrist mindestens einen Monat, höchstens 3 Monate betragen. Sie kann verlängert werden. Näheres über die Inventarsfrist siehe §§ 1996—1998.

7) B.G.B. § 2002 bestimmt: Der Erbe muß zu der Aufnahme des Inventars eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar zuziehen.

8) Vgl. B.G.B. § 2006.

9) l. 22 § 15 C. h. t. 6, 30.

10) Seuffert, praktisches Pandektenrecht § 572 am Ende, B.G.B. §§ 2003, 2004.

11) l. 22 § 11 C. h. t. 6, 30.

12) Der Inventarerbe war nach l. 22 C. cit. sogar befugt, verpfändete Nachlaßsachen pfandfrei zu veräußern und daraus Nachlaßgläubiger und Legatare zu befriedigen. Die hierdurch expropriirten Hypothekare hatten nur eine condictio gegen diejenigen Personen, welche aus dem Erlöse befriedigt waren; gegen die Käufer der Pfänder hatten sie keine Ansprüche. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 594.

Nur in einzelnen Partikularrechten kam es zur Separation der Erbschaft, so daß das Gericht den Nachlaß in Beschlag nahm und für die Abwickelung der Erbschaftsgeschäfte besorgt war. Nach B.G.B. gilt dies im Falle einer Nachlaßverwaltung, sowie der Eröffnung des Nachlaßkonkurses.

b) Eine Hauptfrage ist, ob der Erbe bloß mit den Nachlaßobjekten für die Nachlaßschulden haftet, oder ob sich die Rechtswohlthat darauf beschränkt, daß er nur auf Höhe des Betrages des Nachlasses verpflichtet ist.

Das letztere ist justinianisches Recht. Die Nachlaßgläubiger können also auch aus dem eigenen Vermögen des Erben ihre Befriedigung entnehmen und dasselbe pfänden. Nur die Summe, welche sie vom Inventarerben beitreiben können, ist durch den Werthbetrag des Nachlasses beschränkt.[14]

Die gemeinrechtliche Praxis ist aber einen erheblichen Schritt weiter gegangen. Nach ihr haftet der Beneficialerbe nur mit den Nachlaßobjekten den Nachlaßgläubigern. Diese können also Exekution nur in die Nachlaßobjekte betreiben. Soweit jedoch aus dem Nachlaß Werthe in das eigene Vermögen des Erben geflossen sind, kann er auch persönlich aus diesem Vermögen in Anspruch genommen werden.[15][16]

c) Es fragt sich, ob der Beneficialerbe die Nachlaßgläubiger unter Berücksichtigung ihrer konkursmäßigen Priorität zu befriedigen hat, so daß er hierfür persönlich verantwortlich ist, oder ob er sie befriedigen kann, wie sie sich melden, ohne alle Rücksicht auf Vorzugsrechte.

Das letztere ist das System des justinianischen Rechtes. Dem Erben

13) Während der Errichtung des Inventars dürfen weder die Erbschaftsgläubiger noch die Legatare die Erben gerichtlich betreiben oder zum Pfandverkauf verpfändeter Nachlaßsachen schreiten, l. 22 § 11 C. h. t. 6, 30. Vgl. auch B.G.B. §§ 2014 ff., C.P.O. §§ 782, 784.

14) l. 22 § 4 C. h. t. 6, 30 „ut in tantum creditoribus hereditariis teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant“.

15) Hiernach bestimmt R.G. Bd. 1 S. 98 als rechtliche Wirkung des Erwerbes unter dem beneficium inventarii, „daß die Erben in Folge dessen nicht unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen, sondern nur mit der Erbschaft für die Erbschaftsschulden haften, und daß die Erbschaftsgläubiger zum Zweck ihrer Befriedigung zunächst nur die zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke angreifen dürfen“. In gleicher Weise entscheidet das R.G. Bd. 8 S. 269 in einer preußischen Sache die Streitfrage, ob der „Erbschaftsgläubiger seine Befriedigung aus dem Nachlasse suchen muß, oder ob der Erbe für die Erbschaftsschulden persönlich mit seinem ganzen Vermögen, aber nur bis zum Betrage des Nachlasses haftet“, in ersterem Sinne. Vgl. G. Casso, die Haftung des Beneficialerben, Berliner Inauguraldiss. 1890.

16) Auch nach B.G.B. hat die beschränkte Haftung des Erben nur Haftung mit den Nachlaßgegenständen zur Folge. Indessen bleibt bei der Zwangsvollstreckung gegen ihn die Beschränkung der Haftung unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden (C.P.O. § 781).

wird also die schwierige Aufgabe, die Priorität der Nachlaßforderungen festzustellen, nicht aufgebürdet.[17]

Hat er jedoch Legatare vor Erbschaftsgläubigern befriedigt, so können die letzteren das den Legataren Gezahlte kondiciren.[18]

Im Falle der Ueberschuldung des Nachlasses ist der Nachlaßkonkurs zu eröffnen.[19]

II. Die Klagen des Erben.

§ 172. Die Erbschaftsklage.[1]

Die Erbschaftsklage — hereditatis petitio — ist die Vindikation des Nachlasses durch den Erben.[2 3] Ihr Grund ist das Erbrecht des Klägers, ihr Gegenstand die Herausgabe des Nachlasses.

1. Kläger ist der Erbe, sowie wer an Erbesstatt steht,[4] also der

17) l. 22 § 4a C. h. t. 6, 30. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et si nihil reliquum est posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant.

18) l. 22 § 5 C. cit.

19) B.G.B. § 1980, K.O. §§ 214 ff.

1) Tit. Dig. de hereditatis petitione 5, 3, Cod. de pet. her. 3. 31; Arndts, Wesen und Umfang der her. pet. in seinen Beiträgen S. 81 und civ. Schriften Bd. 2 n. 47; Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen 1852; Zimmermann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 29 n. 6 und 15; Francke, exegetisch-dogmatischer Kommentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione 1864; Ruhstrat im Archiv f. civ. Praxis Bd. 67 n. 10: über die Rechtsverhältnisse der Erbschaftsbesitzer; Brinz Bd. 3 S. 214; Piersche, privatrechtl. Abhandlungen 1886: „die Erbschaftsklage“ S. 244; Lammfromm, zur Geschichte der Erbschaftsklage 1887, dazu Piersche in Gruchots Beitr. Bd. 17 S. 389, R. Leonhard, der Erbschaftsbesitz 1899, A. Leinweber, die hereditatis petitio 1899.

2) Arndts, Beiträge a. a. O. S. 15 betrachtet die hereditatis petitio als Vindikation des „Erbrechtes“ des Klägers, vgl. auch Arndts, Pand. § 531, Köppen, Lehrbuch S. 291. Sie ist aber vielmehr die Vindikation des „Nachlasses“. Die Gründe sind bei Dernburg a. a. O. S. 13 ausgeführt. So auch Francke a. a. O. S. 2, Windscheid Bd. 3 § 611 Anm. 3. Es ist übrigens auch eine Feststellungsklage bezüglich der Frage, ob Kläger Erbe sei, zulässig, wenn Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat. Diese Klage kann auch anstellen, wer im vollen Besitze des Nachlasses ist, nicht minder kann sie gegen einen Nichtbesitzer von Nachlaßobjekten erhoben werden. Sie ist aber keine „hereditatis petitio“.

3) Die Formel der hereditatis petitio hat Lenel, edictum S. 140 folgendergestalt restituirt: „Si paret hereditatem q. d. a. ex jure Quiritium Ai Ai esse, quidquid Ns Ns ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, si arbitrio tuo id Ao Ao non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.“ Die Fassung der intentio ist nicht zweifelhaft. Ob aber auch die Bedingungen der Passivlegitimation des Beklagten in der Formel Aufnahme fanden, ist bestritten. Es spricht hierfür vorzugsweise, daß die Klage gegen einen Käufer der Erbschaft vom Nichterben durchweg als „utilis“ bezeichnet wird.

4) Auch dem bonorum possessor war eine hereditatis petitio utilis gegeben, die s. g. possessoria Tit. Dig. 5, 5. Vgl. hierüber Lenel, edictum S. 141.

Universalfideikommissar nach der Restitution der Erbschaft,[5] der Fiskus und der Erbschaftskäufer vom Fiskus.[6]

Theilerben vindiciren ihren ideellen Antheil.[7]

2. Beklagter ist, wer den Nachlaß[8] im Widerstreite mit dem Erbrechte des Klägers besitzt. Daher:

a) wer „pro herede“ besitzt, d. h. als angeblicher Erbe oder auch als angeblicher Universalfideikommissar[9] oder Käufer der Erbschaft.[10]

Auch wer weiß, daß er Nichterbe ist, sich aber für den Erben ausgiebt, ist als Besitzer pro herede belangbar.[11]

b) Ferner ist belangbar, wer „pro possessore“ besitzt, d. h. offenbar ohne Rechtsgrund, also ohne Erbrecht oder einen sonstigen, wenigstens scheinbaren und vermeinten Titel vorschützen zu können.[12][13]

5) Tit. Dig. de fideicommissaria hereditatis petitione 5, 6. Die Erbschaftsklage des Universalfideikommissars geht nicht gegen den Fiduciar, l. 3 § 1 D. h. t. Der Universalfideikommissar muß gegen diesen mit der Klage aus dem Fideikommiß auftreten.

6) l. 54 pr. D. h. t. 5, 3. Andere Erbschaftskäufer müssen sich die Klage erst vom Verkäufer cediren lassen. Vgl. übrigens Brinz S. 217. Nach B.G.B. gilt dies auch für den Erbschaftskäufer vom Fiskus.

7) Tit. Dig. si pars hereditatis petatur 5, 4. Siehe unten § 174.

8) l. 9, l. 10 pr. D. h. t. 5, 3. Es genügt, daß der Gegner „rem hereditariam minimam“ besitzt.

9) l. 20 § 13 D. h. t. 5, 3.

10) l. 13 §§ 4 und 5 D. h. t. 5, 3. Vgl. Francke a. a. O. S. 165, Leonhard a. a. O. S. 25, Seuff. Arch. Bd. 48 n. 41 (R.G.), B.G.B. § 2030.

11) Die l. 11 D. h. t. 5, 3 von Ulpian bezeichnet als Besitzer pro herede auch den „qui scit se heredem non esse“ nach der Meinung, die schon Proculus vertrat, und hiermit stimmt l. 12 D. eod. — unten Anm. 12 — überein. Andere, z. B. Gajus IV § 144, definirten dagegen „pro herede possidere videtur, qui putat se heredem esse“. Danach wäre ein unredlicher Beklagter possessor pro possessore. Die erstere Definition ist die ältere und sie ist die herrschende geblieben. Anders Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 52 S. 242, Köppen, Lehrbuch S. 295 Anm. 3. Es handelt sich übrigens nur um schulmäßige Begriffsbestimmungen. Ein praktischer Unterschied besteht nicht. Denn wer sich wissentlich falsch für den Erben ausgiebt, haftet als bösgläubiger Besitzer mit der Erbschaftsklage, mag man ihn nun als Besitzer „pro herede“ oder „pro possessore“ bezeichnen. Vgl. aber auch Leonhard a. a. O. S. 20 ff. Nach B.G.B. § 2018 ist belangbar, wer auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (Erbschaftsbesitzer), aber auch derjenige, der nicht in gutem Glauben ist, vgl. § 2024.

12) l. 11 ff. D. h. t. 5, 3. Ulpianus ad edictum: Pro possessore vero possidet praedo — qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit „quia possideo“, nec contendet se heredem vel per mendacium — nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. Nach B.G.B. ist der Erbschaftsanspruch gegen einen solchen Besitzer nicht zuständig.

13) l. 13 § 1 D. h. t. 5, 3, l. 14 § 2 D. quod metus causa 4, 2 ergeben, daß ein Besitzer, welcher sich nur auf einen nichtigen Titel berufen kann, dessen Nichtigkeit er kennen muß, als Besitzer pro possessore gilt und daher der Erbschaftsklage unterliegt. R.G. Bd. 10 S. 162, Bd. 28 S. 171.

Die Universalsuccessoren dieser Personen haften wie diese, wenn sie im Besitze des Nachlasses sind.[14]

Wer titulo singulari besitzt, d. h. auf Grund eines wirklichen oder vermeinten besonderen Titels, unterliegt dagegen der Erbschaftsklage nicht.[15]

Prozessualisch gestaltet sich die Behauptung eines singularen Titels zu einer Einrede, welche der beklagte Besitzer behaupten und beweisen muß.[16]

Wer den Nachlaß für einen Anderen besitzt, war in Rom mit der hereditatis petitio nicht belangbar.[17] In der gemeinrechtlichen Praxis

14) l. 13 § 3 D. h. t. 5, 3.

15) l. 4 C. in quibus causis cessat longi temporis praescr. 7, 34. Uebereinstimmend B.G.B.

16) Es ist dies eine Kardinalfrage, welche über den praktischen Werth der Erbschaftsklage entscheidet. Viele Schriftsteller nehmen an, dem Kläger liege der Beweis ob, daß der Beklagte nicht titulo singulari besitze, wenn er derartigen Besitz vorgebe, insbesondere betrachten sie es als Sache des Klägers, zu beweisen, „daß der Beklagte selbst nicht an die Wahrheit seines Titels glaube". So u. A. Windscheid Bd. 3 § 615 Anm. 14. Man geht eben davon aus, daß der Besitz des Beklagten entweder „pro herede" oder „pro possessore" Voraussetzung der Erbschaftsklage sei, und daß der Kläger die Voraussetzungen seines Klagerechtes zu beweisen habe. Aber solche schematische Vertheilung der Beweislast ist in vielen Fällen unzutreffend und so namentlich auch in dem unseren. Man denke nur: der Kläger hat bewiesen, daß er der Erbe ist, und weiter, daß der Beklagte Nachlaß in Händen hat. Da scheint die Verurtheilung des letzteren doch unausweichlich, wenn er nichts zu seiner Vertheidigung beweisen kann. Weit gefehlt, der Kläger soll nach der Gegenansicht noch weiter nachweisen, daß der Beklagte keinen singularen Titel für seinen Besitz habe, ein Beweis, der kaum zu erbringen ist. Das heißt den Kläger auf das unbilligste beschweren! Kein Wunder, daß die Praxis die Ansicht der Gegner zurückweist, so namentlich auch R.G. Bd. 10 S. 163. Auch die Quellen unterstützen unsere Auffassung. Wir finden einen Beleg für dieselbe in der l. 11 C. h. t. 3, 31, entnommen der l. 12 C. Theod. de fide testium 11, 39. Allerdings spricht sich diese Verordnung unpräcis aus, sie wird daher von den Neueren meist auf andere Verhältnisse bezogen, vgl. Demelius, die confessio im römischen Civilprozeß S. 343. Aber die zeitgenössische Interpretation, welche in die westgothische Sammlung überging, las aus ihr heraus, daß der mit der hereditatis petitio Belangte den von ihm behaupteten Titel zu beweisen habe: lex ista hoc praecipit, ut probatio non a possessore, sed a petitoris partibus requiratur. praeter illum tantum casum, ubi interrogari necesse est possidentem, utrum ex sua persona an ex successione coeperit possidere. Ruft doch auch die l. un. C. Theod. quorum bonorum 4, 21, welche der l. 3 C. quorum bonorum 8, 2 zu Grunde liegt, aus: Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset. In der l. 3 C. cit. wird bestimmt, daß der mit dem interdictum quorum bonorum Belangte, wenn er Nachlaßsachen nach dem Tode des Erblassers auf Grund eines angeblich schon zu Lebzeiten des Erblassers vorhandenen Titels okkupirte, zu deren Herausgabe verpflichtet ist und seine Ansprüche wegen derselben mit besonderen Klagen geltend zu machen hat. Was so zu Gunsten des bloßen bonorum possessor festgesetzt ist, muß um so gewisser dem Erben zu gute kommen, welcher sein Erbrecht mit der Erbschaftsklage bewiesen hat. Anders Ubbelohde, die possessorische Funktion des interdictum quorum bonorum im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 S. 42 und die Interdikte bei Glück Th. 3 S. 47, Windscheid Bd. 3 § 614 Anm. 5. Wie hier aber Köppen, Lehrb. S. 327. Vgl. neuerdings Leonhard a. a. O. S. 35 ff., hierzu aber auch S. 106.

17) l. 13 § 12 D. h. t. 5, 3 enthält immerhin einen Ansatz zu einer entgegengesetzten Behandlung.

wird die Erbschaftsklage aber gegen Nachlaßkuratoren und Testamentsexekutoren ertheilt, da dies praktisches Bedürfniß ist.

Zum Besitze in dem hier gedachten Sinne genügt, daß der Beklagte irgend eine Sache oder einen Werth aus dem Nachlasse innehat. Es macht keinen Unterschied, ob diese Objekte unmittelbar aus der Hinterlassenschaft des Erblassers stammen, oder sich erst aus ihr entwickelten oder an Stelle ihrer ursprünglichen Bestandtheile getreten sind. Mit der Erbschaftsklage kann auch der Schuldner des Erblassers belangt werden, welcher sich unter der Behauptung, Erbe zu sein, der Zahlung der Erbschaftsschuld weigert, deren Existenz er anerkennt.[18]

Nichtbesitzer haften wie Besitzer als s. g. ficti possessores:[19]

a) wenn sie zur Vereitelung der Klage den Besitz dolos vor dem Prozeßbeginne aufgaben. Dies sanktionirte das S. C. Juventianum,[20]

b) wenn sie sich doloserweise als Besitzer ausgaben, um den Prozeß auf sich zu ziehen.[21]

3. Gegenstand der Erbschaftsklage ist der Nachlaß, soweit ihn der Beklagte besitzt oder besitzen müßte.

Und zwar gilt der Gegenstand der Klage als besonderes Vermögen, welches Vermehrungen und Verminderungen erleidet und dessen Bestandtheile Veränderungen unterworfen sind.[22]

a) Zu den ursprünglichen Bestandtheilen, welche zu restituiren sind, gehört Alles, was der Erblasser im juristischen Besitze hatte, selbst unredlicherweise vom Erblasser Erworbenes.[23] Was der Erblasser

---

18) l. 13 §§ 15 ff. D. h. t. 5, 3, B.G.B. § 2019.

19) Vgl. oben Bd. 1 § 225 Anm. 17 ff. Dem B.G.B. ist die Haftung der ficti possessores unbekannt.

20) Das am 14. März des Jahres 129 auf Grund einer Oratio von Hadrian erlassene Senatuskonsult pflegt man S. C. Juventianum zu nennen, weil P. Juventius Celsus zu den Konsuln des Jahres gehörte. In den Quellen wird das S. C. aber nie so bezeichnet. Die wichtigsten und allgemeinsten Bestimmungen enthält l. 20 § 6c D. h. t. 5, 3: Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.

21) l. 13 § 13, l. 45 D. h. t. 5, 3.

22) Andere Auffassungen sucht zu vertreten F. Schröder, das Commodum bei der Erbschaftsklage 1876.

23) Vgl. Ubbelohde bei Glück, Interdikte Th. 3 S. 62. Unter den Neueren vertheidigt diese Behauptung einzig Ihering, über den Grund des Besitzesschutzes S. 85 ff.; Gegner sind Windscheid Bd. 3 § 612 Anm. 1 und die dort citirten Schriftsteller. Es ist jedoch zu bedenken, daß der Erbe des Diebes in Folge der condictio furtiva wie der Dieb selbst haftet, und daß er diese Klage nur durch Realoblation des Gestohlenen abwenden kann. In Folge dessen hat er ein rechtliches Interesse daran, in den Besitz der von seinem Erblasser gestohlenen Objekte zu kommen. Der Nach-

in fremdem Namen besaß, ist dem Erben gleichfalls zu restituiren, wenn er an der Herausgabe ein Interesse hat.[24]

b) Erweiterungen der Nachlaßobjekte durch Zuwachs und Früchte, sowie Zinsen, vermehren den zu restituirenden Nachlaß.[25]

c) Objekte, die im Interesse des Nachlasses und zu dessen Bedürfniß angeschafft wurden, namentlich mit Erbschaftsgeldern, fallen dem Nachlasse gleichfalls zu und sind mit ihm herauszugeben.[26]

d) Endlich gehören zum Nachlasse an Stelle der ursprünglichen Nachlaßbestandtheile getretene Gelder und Geldansprüche, insbesondere die Kaufpreise für veräußerten Nachlaß — pretium succedit in locum rei.[27]

4. Das S. C. Juventianum hat einen wesentlichen Unterschied zwischen der Restitutionspflicht des redlichen und des unredlichen Erbschaftsbesitzers geschaffen.[28]

a) Der redliche Besitzer hat nicht mehr zu erstatten, als er durch den Nachlaß im Ganzen zur Zeit seiner Verurtheilung bereichert ist.[29]

Jedoch haftet er vom Prozeßbeginne an gemäß der allgemeinen Grundsätze für jede Schuld,[30] daher insbesondere auch für schuldhafterweise versäumte Früchte.

b) Der unredliche Besitzer hat nicht blos zu erstatten, was er vom

---

laß ist ihm daher nicht vollständig restituirt, wenn dieselben nicht gleichfalls herausgegeben werden. Natürlich gilt dies aber dann nicht, wenn der Beklagte selbst der Bestohlene war.

24) l. 19 pr. D. h. t. 5, 3.

25) l. 20 § 3, l. 25 § 20, l. 30, l. 56 D. h. t. 5, 3. Der gutgläubige Besitzer der Erbschaft behält daher den Werth konsumirter Früchte keineswegs schlechthin, hat ihn vielmehr zu erstatten, soweit er durch denselben bereichert ist, l. 40 § 1 D. h. t. 5, 3. Ganz anders steht der mit der rei vindicatio belangte gutgläubige Besitzer einer Einzelsache.

26) l. 20 pr. § 1 D. h. t. 5, 3, B.G.B. § 2019.

27) l. 22 D. h. t. 5, 3 enthält ein bezügliches Bruchstück der Oratio Hadriani: „Dispicite patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum." Vgl. l. 16 §§ 1, 2, 4, 5, 7 D. h. t. 5, 3.

28) l. 20 § 6 D. h. t. 5, 3 abgedruckt oben Anm. 20. Darüber, daß der Gegensatz erst durch das S. C. Juventianum geschaffen wurde, vgl. Lammfromm a. a. O. S. 96 und R. Leonhard a. a. O. S. 55.

29) l. 36 § 4 D. h. t. 5, 3, B.G.B. §§ 2020, 2021. Ueber die Frage, unter welchen Umständen eine Bereicherung des redlichen Erbschaftsbesitzers anzunehmen ist, vgl. vorzugsweise l. 25 § 11 D. h. t. 5, 3. Manche Entscheidungen von römischen Juristen, insbesondere von Julian, welche vor dem S. C. Juventianum gegeben waren, und die mit dessen Princip nicht stimmen, hat übrigens Ulpian einfach übernommen, woher sie sich in der Kompilation Justinians finden. Es gehört hierher l. 20 § 18 D. h. t. 5, 3: nam et Julianus libro sexto digestorum scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere nec imputaturum quod non debitum solvit.

30) l. 40 pr. D. h. t. 5, 3, oben Bd. 1 § 154 Anm. 11, B.G.B. § 2023.

Nachlasse besitzt. Er haftet vielmehr von der Besitznahme, beziehungsweise der Kenntniß seines Unrechtes an für nachlässige Behandlung der Nachlaßsachen.[31] Wenn er Nachlaßsachen ohne zwingende Gründe veräußert, so kann der Erbe nach seiner Wahl von ihm entweder den Werth dieser Sachen oder den erlösten Kaufpreis fordern.[32]

Nach der Klageerhebung steht der unredliche Besitzer selbst für Zufall entsprechend allgemeinen Grundsätzen ein.

5. Bezüglich der Verwendungen des Besitzers auf den Nachlaß ist gleichfalls zu unterscheiden:

a) Der redliche Erbschaftsbesitzer hat wegen aller Auslagen, die er bis zur Erhebung der Klage machte, das Recht der Retention des Nachlasses, beziehungsweise eines Abzuges.

Dies bezieht sich wie auf nothwendige und nützliche, so nicht minder auf verschwenderische und zwecklose Ausgaben. Denn auch diese haben seine Bereicherung aus dem Nachlasse vermindert.[33] Auslagen nach der Klageerhebung geben ihm aber nur dann Ansprüche, wenn sie nothwendig oder nützlich waren, denn nunmehr kann der Gegner alle Sorgfalt von ihm beanspruchen.[34]

b) Der unredliche Erbschaftsbesitzer hat nicht bloß wegen nothwendiger Auslagen Retentionsansprüche, wie der mit der rei vindicatio belangte Verklagte, vielmehr auch wegen nützlicher, soweit ihr Produkt noch vorhanden ist.[35]

§ 173. Fortsetzung. Der Beweis bei der Erbschaftsklage.

Der Kläger der Erbschaftsklage hat zu beweisen:

1. sein Erbrecht, daher vor Allem den Tod, beziehungsweise die gerichtliche Todeserklärung des Erblassers; des weiteren seine Berufung.

Daß er die Erbschaft angetreten, hat der Kläger in der Mehrzahl der Fälle um deswillen nicht zu beweisen, weil in der Erhebung der Erbschaftsklage der Erbschaftsantritt liegt, wenn er nicht bereits früher geschah.[1]

---

31) l. 95 §§ 2—6 D. h. t. 5, 3, B.G.B. § 2024, vgl. auch § 2025.

32) l. 36 § 3 D. h. t. 5, 3. Nach B.G.B. gilt dies nicht.

33) Ebenso B.G.B. § 2022.

34) Vgl. B.G.B. § 2023 a. E.

35) l. 38, l. 39 D. h. t. 5, 3. Vgl. auch l. 5 pr. D. eod. von „etsi" an, B.G.B. § 2024.

1) Windscheid bemerkt Bd. 3 § 615 Anm. 2: Die Thatsache des Erbschaftsantrittes habe der Erbschaftskläger „nur" zu beweisen, wenn der Erblasser hierfür eine besondere Frist oder Form angeordnet hat. Jener Beweis liegt ihm aber auch

a) Stützt sich der Erbschaftskläger auf ein Testament, so hat er dessen rechtsbeständige Errichtung darzuthun. Hierzu genügt die Beibringung einer äußerlich formgerechten Testamentsurkunde. Nichtigkeit oder Fehlerhaftigkeit des Testaments, z. B. wegen Geisteskrankheit des Testators, hat der Beklagte im Wege des Gegenbeweises darzuthun.[2]

Unrichtig ist die Meinung, daß der Beweis eines mündlichen Testamentes nur durch die Aussage der sämmtlichen zugezogenen Zeugen oder eine von ihnen sämmtlich unterzeichnete Urkunde geführt werden könne.[3] Vielmehr ist der Beweis auch mündlicher Testamente ein freier.

b) Behauptet der Kläger Intestaterbrecht, so muß er den Grund, auf welchen er sein Intestaterbrecht stützt, insbesondere Verwandtschaft oder daß er der überlebende Ehegatte war, beweisen.[4] Der Beweis wird heute regelrecht durch standesamtliche Bescheinigungen erbracht.

Der Beklagte hat den Gegenbeweis zu führen, daß er selbst, oder daß ein Dritter näherer Intestaterbe oder Testamentserbe sei.

2. Der Kläger hat den Nachlaßbesitz des Beklagten zu beweisen, ferner muß er dessen bösen Glauben darthun, wenn er hierauf Rechte stützt.[5]

Steht es fest, daß der Beklagte in den Besitz des Nachlasses gekommen ist, so liegt ihm die Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses und dessen Bekräftigung durch einen Offenbarungseid ob. Ja, man legt ihm einen Offenbarungseid selbst dann auf, wenn Gründe zu der Annahme vorhanden sind, daß er Nachlaßsachen hinter sich hat. Dahin rechnet man namentlich, daß eine häusliche Gemeinschaft oder ein ähnliches Verhältniß zwischen dem Erblasser und dem Beklagten zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles bestand.[6]

---

namentlich dann ob, wenn er als Erbe des Berufenen klagt, ohne daß er ein Transmissionsrecht hat.

2) l. 5 C. de codicillis 6, 36. Bezüglich des Beweises der Echtheit des Testaments vergl. C.P.O. § 415 ff.

3) So Windscheid Bd. 3 § 615 Anm. 10 und dort Citirte. Für die Gegenansicht führt man an, daß die Zeugen nicht bloß dazu da seien, das Testament anzuhören, sondern auch Zeugniß über dasselbe abzulegen. Das beweist aber nicht, daß der Beweis nur durch ihr Zeugniß oder gar nur durch ihrer aller Zeugniß geführt werden kann. Nach der Gegenansicht wäre konsequent auch der Beweis des schriftlichen Testamentes nur durch die 7 Zeugen zu führen, was auf ältere, längst überwundene Ansichten hinauskommen würde. Derzeit erledigt die Frage C.P.O. § 286 und Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Abs. 2, was allerdings Windscheid in Abrede stellt.

4) Auch dies ist bestritten, Windscheid a. a. O. Anm. 13.

5) Daß es Sache des Beklagten ist, darzuthun, daß er Nachlaßobjekte titulo singulari besitzt, darüber vgl. oben Bd. 3 § 172 Anm. 16.

6) Offenbar ist es etwas Außerordentliches, daß Kläger den Manifestationseid des Beklagten zum Beweise seiner Passivlegitimation benutzt, wie Wach in der Zeit-

Demgemäß löst sich der Erbschaftsprozeß meist in ein doppeltes Verfahren auf. Der Kläger fordert zunächst, gestützt auf sein Erbrecht, vom Beklagten die Legung eines Nachlaßverzeichnisses. Ueber den Umfang der Verpflichtung des Beklagten wird dann in einem sich an das Nachlaßverzeichniß anschließenden Rechnungsprozesse verhandelt.

§ 174. Singularklagen des Erben und gegen den Erben.[1]

1. Der Erbe hat als Eigenthümer der Nachlaßsachen Einzelvindikationen auf dieselben, wenn sie im fremden Besitze sind, nicht minder als Gläubiger der Erbschaftsforderungen die bezüglichen Forderungsklagen — die s. g. erbschaftlichen Singularklagen.

An sich stehen ihm diese Klagen selbst gegen Erbschaftsbesitzer pro herede oder pro possessore zu.

Der Prätor jedoch gab Erbschaftsbesitzern, welche statt mit der Erbschaftsklage mit derartigen Singularklagen vom Erben belangt wurden, eine exceptio „ne praejudicium fiat hereditati".[2]

Dies hatte vor Allem prozessualische Gründe. Denn die Kognition der Centumvirn, welchen die Erbschaftsklage unterstand, sollte nicht dadurch umgangen werden, daß der Kläger Einzelklagen anstellte, welche vor Einzelrichter gehörten. Ferner schien es ungehörig, den Erbschaftsbesitzer durch mehrfache Einzelklagen, statt der einzigen Erbschaftsklage, zu vexiren.

Die Einrede hat aber auch materielle Bedeutung. Denn die Rechtsstellung des Beklagten — insbesondere des redlichen Besitzers — ist bei der Erbschaftsklage eine vielfach günstigere, als im Falle der Erhebung von einzelnen Vindikationen, und diese bessere Stellung soll der Kläger nicht durch Anstellung von Singularklagen zunichte machen. Deshalb vor Allem hat die Einrede auch noch derzeit Anwendbarkeit.[3] [4]

---

schrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 467 mit Recht hervorhebt. Dennoch hat sich dies als praktisch unentbehrlich in der deutschen Praxis festgestellt. Vgl. freilich über Mißstände, die sich daraus ergeben können, Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 29 S. 464. Zu weit geht es, wenn Wetzell, Civilprozeß § 28, um den Manifestationseid zu verlangen, für genügend erachtet, „daß sich der Beklagte zur Todeszeit oder kurz nachher im Sterbehause des Erblassers aufgehalten hat". Vgl. R.G. Bd. 8 S. 165, welches häusliche Gemeinschaft oder analoge Verhältnisse fordert, Seuff. Arch. Bd. 48 n. 271, Bd. 55 n. 17. Uebereinstimmend B.G.B. §§ 2027, 2028.

1) Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen 1852.

2) l. 5 § 2 D. h. t. 5, 3, l. 13 D. de exceptionibus 44, 1. Ueber die letztere Entscheidung vgl. Dernburg a. a. O. S. 54; Bülow, Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen, 1868, S. 169.

3) Verwerthung der Einrede durch einen Dritten kommt in folgendem Falle

2. Steht eine Erbschaftsklage bevor, oder ist sie bereits anhängig, so entsteht die Frage, gegen wen die Erbschaftsgläubiger zu klagen haben, und wer dazu legitimirt ist, die Erbschaftsschuldner zu betreiben?

a) Die Erbschaftsgläubiger können jeden der Erbschaftsprätendenten, also sowohl den Kläger wie den beklagten Besitzer, nach ihrer Wahl als ihren Schuldner in Anspruch nehmen.[5]

Unterliegt die Partei, welche die Schuld zahlte, im Erbschaftsprozesse, so kann sie die Erstattung des Ausgelegten vom Sieger beanspruchen.

Legate, die einem angeblichen Testamentserben aufgelegt sind, hat derselbe zwar zu entrichten, trotzdem sein Erbrecht bestritten ist, jedoch nur gegen Kaution wegen Rückerstattung im Falle seines Unterliegens im Erbschaftsprozesse.

b) Jeder der Prätendenten kann die Erbschaftsschuldner und Inhaber von Erbschaftssachen verklagen,[6] muß aber dem Beklagten für den Fall seines Unterliegens im Erbschaftsprozesse Kaution leisten, damit

---

vor. Hat der redliche Besitzer einer Erbschaft eine Nachlaßsache verkauft, und evincirt sie dann der wahre Erbe als sein eigen, so nimmt der evincirte Käufer seinen Regreß gegen seinen Verkäufer und verlangt von ihm Ersatz seines Interesses wegen der Eviktion. In Folge dessen kann jener redliche Erbschaftsbesitzer weit über den Betrag seiner Bereicherung aus der Erbschaft und zwar indirekt zu Gunsten des Erben zu zahlen haben. Um dies zu verhüten, gab man dem Käufer in solchen Fällen gegen die Vindikation seitens des Erben eine Einrede, durch die er den Erben auf die Erbschaftsklage verweist, so daß er die Kaufsache behält, der Erbe aber vom Erbschaftsbesitzer dessen Bereicherung aus dem erlösten Kaufpreise der Nachlaßsache mit der Erbschaftsklage beizutreiben hat, l. 25 § 17 D. h. t. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum: Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulae res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emptore possit? et si vindicet, an exceptione non repellatur „quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venumdedit", quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent; quid tamen si is, qui vendidit paratus sit defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. certe si minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoveri. Ueber diese schwierige und viel besprochene Stelle siehe Dernburg a. a. O. S. 35, Vangerow Bd. 2 § 208 S. 351. Vgl. auch Joseph in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 209, Bolze, im Archiv f. civ. Praxis Bd. 57 S. 267, Francke ebendas. Bd. 61 S. 299, Gradenwitz, Interpol. S. 79.

4) Vgl. B.G.B. § 2029: Die Haftung des Erbschaftsbesitzers bestimmt sich auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen, nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch.

5) So namentlich l. 12 C. h. t. 3, 31. Vgl. auch l. 4 § 3 D. si cui plus 35, 3. Eine besondere Bestimmung enthält l. 35 D. de jure fisci 49, 14.

6) l. 49 D. h. t. 5, 3. Die Meinungen der Schriftsteller sind nicht übereinstimmend. Windscheid Bd. 3 § 616 Anm. 7 verstattet nur „wenn Gefahr im Verzuge ist" und nur „dem redlichen Besitzer" eine Klage gegen die Erbschaftsschuldner. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 115.

derselbe gegen doppelte Zahlung gesichert ist. Der Schuldner kann sich durch Deposition von der Schuld befreien.

III. Die Rechtsverhältnisse der Miterben.

§ 175. Die Rechte der Miterben im Allgemeinen.[1]

Wird der Erblasser von Mehreren zusammen beerbt, so entsteht eine Gemeinschaft der Miterben.

Bei ihrer Ausbildung kann entweder mehr das gemeinschaftliche Interesse in den Vordergrund gestellt, oder das Individualrecht der einzelnen Theilhaber begünstigt werden. Das letztere geschieht im römischen Rechte. Dasselbe sucht die Erbansprüche eines jeden Miterben möglichst bestimmt abzugrenzen und thunlichst selbständig zu gestalten.

Nach B.G.B. besteht dagegen unter den Miterben eine Gemeinschaft zur gesammten Hand.[2]

1. Die Rechte an körperlichen Nachlaßsachen sind unter die Miterben im Verhältniß ihrer Erbschaftstheile ideell getheilt.

Dies gilt für alle theilbaren Berechtigungen an körperlichen Sachen, also Eigenthum, publicianisches Recht, Superficies und Emphyteuse.[3]

Jeder Miterbe ist zur selbständigen Verfügung bezüglich seines ideellen Theiles befugt. Er kann ihn insbesondere beliebig, und ohne an die Einwilligung seiner Miterben gebunden zu sein, veräußern, nicht minder verpfänden oder zum Nießbrauche geben.[4]

Die Nachlaßsachen bleiben natürlich zunächst körperlich ungetheilt, so daß trotz der ideellen Theilung eine Gemeinschaft besteht.

2. Erbschaftsforderungen und Erbschaftsschulden sind unter die Miterben schlechthin, ihrem Erbtheile entsprechend, getheilt.[5] Es erwachsen

---

1) Göppert, Beiträge z. L. v. d. Miteigenthum nach dem A.L.R. S. 77.

2) Vgl. Bd. 1 § 196 S. 69.

3) l. 10 D. fam. erc. 10, 2.

4) l. 54 D. fam. erc. 10, 2. Neratius libro 3 membranarum: Ex hereditate Lucii Titii, quae mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi, deinde familiae erciscundae judicium inter nos acceptum est. neque ea pars quae mea fuit in judicio veniet, cum alienata de hereditate exierit, neque tua, quia etiamsi remanet in pristino jure hereditariaque est, tamen alienatione meae partis exit de communione. Die Veräußerung von Nachlaßsachen war jedoch nach der Litiskontestation über das familiae erciscundae judicium verboten l. 13, l. 25 § 6 D. h. t. 10, 2. l. 1 C. communi dividundo 3, 37, Bachofen, ausgewählte Lehren des römischen Civilrechtes § 82.

5) l. 6 C. familiae erciscundae 3, 36: Gordianus. Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt. l. 1, l. 2 C. de actionibus hereditariis 4, 16.

also für jeden Miterben völlig selbständige Partialforderungen und Partialschulden. Dies bestimmten bereits die 12 Tafeln.

Forderungen und Schulden jedoch, die ihrer Natur nach untheilbar sind, führen zu solidarischen Berechtigungen und Verbindlichkeiten der Miterben.

3. Die Konfusion von Ansprüchen zwischen dem Erblasser und einem Theilerben desselben tritt nach Maßgabe des Erbtheiles des Theilerben ein.[6] [7]

4. Jeder der Theilerben hat eine hereditatis petitio partiaria sowohl gegen seine Miterben, wie gegen Nichterben, welche pro herede oder pro possessore besitzen.

Besitzt jedoch ein Miterbe nicht mehr als der ihm gebührende ideelle Theil der Erbschaft beträgt, so ist die Erbschaftsklage seines Miterben nicht gegen ihn zu richten, sondern gegen die, welche den Nachlaß ohne Erbrecht oder über die ihnen zukommende Erbquote hinaus besitzen.[8]

5. Nach B.G.B. § 2033 kann der Miterbe zwar über seinen Antheil an dem Nachlasse, nicht aber über seinen Antheil an den einzelnen Nachlaßgegenständen verfügen. Ansprüche, die zum Nachlasse gehören, stehen den Miterben gemeinschaftlich zu, vgl. § 2039. Für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten haften sie als Gesammtschuldner (§ 2058).

§ 176. Die Auseinandersetzung unter den Miterben.[1]

Die Auseinandersetzung unter den Miterben kann außergerichtlich durch Vertrag geschehen.

Sie erfolgt aber auch auf einseitigen Antrag durch das Gericht.

Zu diesem Antrage ist jeder Miterbe jeder Zeit berechtigt. Weder Verfügungen des Erblassers, noch Verträge der Betheiligten können dies Recht auf Theilung dauernd beseitigen.[2]

Die gerichtliche Theilung unter Miterben geschah in Rom auf Grund der actio familiae erciscundae. Das gesammte Verfahren bewegte sich danach in den Formen des Prozesses; doch war die actio

---

6) l. 50 D. de fidejussoribus 46, 1, l. 6 C. de actionibus hereditariis 4, 16.

7) Siehe auch oben Bd. 1 § 216 Anm. 10.

8) l. 1 § 3 D. si pars hereditatis petatur 5, 4. Die hereditatis petitio partiaria geht nicht auf Theilung, sondern auf Restitution der Erbschaft pro indiviso, l. 7 D. eod.

1) Tit. Dig. familiae erciscundae 10, 2 Cod. 3, 36 und Cod. communia utriusque judicii tam familiae erciscundae, quam communi dividundo 3, 38, oben Bd. 1 § 197, Brinz Bd. 3 S. 273.

2) Oben Bd. 1 § 197 Anm. 15, 16 und 17—19. Vgl. B.G.B. § 2044.

duplex.[3] Im gemeinen Recht ist das rechtsgeschäftliche und das prozessualische Element, welche in Rom verbunden waren, geschieden. Die Theilung selbst bildet einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die streitigen Vorfragen werden vom Prozeßrichter auf Grund der Klage des interessirten Theiles entschieden. Dies gilt auch nach Reichsrecht.[4]

1. Die Voraussetzungen der gerichtlichen Erbtheilung sind:

a) Liquidität des Erbrechtes der Betheiligten und der Höhe ihrer Antheile. Steht das Erbrecht der Provokanten nicht durch Anerkennung des Miterben oder durch richterliches Urtheil fest, so ist hierüber in besonderem Prozesse zu entscheiden;[5]

b) eine Erbgemeinschaft.

Eine solche Gemeinschaft liegt vor Allem in dem Miteigenthum an körperlichen Nachlaßsachen. Sie ist auch darin zu finden, daß die Miterben solidarisch für Schulden des Erblassers wegen deren Untheilbarkeit verpflichtet sind.[6] Sie wird endlich durch alle aus der Erbschaft entspringenden gegenseitigen Ansprüche unter den Miterben begründet.[7]

2. Das Ziel ist Auseinandersetzung der Miterben. Das Verfahren umfaßt daher den gesammten Nachlaß. Insbesondere sind:

a) die Nachlaßsachen zu theilen. Das erstreckt sich nicht blos auf die eigenen Sachen des Erblassers und solche, an denen er superficiarisches oder emphyteutisches Recht hat, sondern auf alle, die in seinem Eigenthumsbesitze waren. Sind sie jedoch unredlich erworben, so hat der Richter für ihre Rückerstattung an den Eigenthümer Sorge zu tragen.[8] Verbotene Sachen, z. B. Gift oder unsittliche Schriften, hat er zu konfisciren, beziehungsweise zu vernichten.[9]

Das Testament und die sonstigen Erbschaftsurkunden kommen zwar nicht in die Theilung; doch ist auch für deren Aufbewahrung und Zu-

---

3) l. 2 § 3, l. 44 § 4 D. h. t. 10, 2.

4) Vgl. Ges. über die freiw. G. §§ 86 ff.

5) Verlangt ein angeblicher Miterbe, welcher nicht im Besitze seines angeblichen Erbtheiles ist und dessen Erbrecht von dem Miterben nicht anerkannt ist, Theilung, so muß er zuvörderst mit der hereditatis petitio Anerkennung seines Erbrechtes und Mitbesitz erstreiten. Ist aber der Provokant, dessen Erbrecht von den Miterben nicht anerkannt wird, im Mitbesitze, so ist eine hereditatis petitio nicht anstellbar. Hier mußte also nothgedrungen in Rom der Richter im Erbtheilungsverfahren über das Erbrecht der Provokanten erkennen, l. 1 § 1 D. h. t. 10, 2. — Nach gemeinem Rechte ist der Streit über das Erbrecht des Provokanten auch in diesem Falle vor Einleitung eines Theilungsverfahrens vor den Prozeßrichter zu bringen. Hierzu dient eine Feststellungsklage. C.P.O. § 256.

6) l. 25 §§ 10 ff. D. h. t. 10, 2.

7) l. 25 § 15, l. 49 D. h. t. 10, 2.

8) l. 10 D. h. t., l. 4 § 2 D. eod.

9) l. 4 § 1 D. h. t.

gänglichkeit Vorkehrung zu treffen.[10] Da Forderungen und Schulden regelrecht unter die Miterben von Rechtswegen getheilt sind, so sind sie an sich dem Theilungsverfahren fremd. Dennoch können sie, wenn dies zweckmäßig erscheint, einzelnen Miterben ganz zugetheilt werden, so daß der Miterbe, zu dessen Gunsten die Attribution erfolgte, insoweit die Stellung eines Cessionars hat und der, zu dessen Lasten die Attribution gereichte, den Miterben, der an sich Schuldner bleibt, zum entsprechenden Theile von seiner Schuld zu befreien hat.[11] [12]

b) Des Weiteren hat Ausgleich wegen der durch die Gemeinschaft begründeten gegenseitigen Verbindlichkeiten der Miterben stattzufinden.[13]

c) Endlich sind die Anordnungen des Erblassers, welche das Verhältniß der Miterben betreffen, im Theilungsverfahren zu verwirklichen. Dahin gehört die Entrichtung von Vorvermächtnissen,[14] ferner die Ausführung des einem Miterben aufgelegten Modus.[15]

3. Dem Theilungsrichter stehen zur Durchführung seiner Aufgabe Adjudikationen zu Gebote, vermöge deren er Eigenthum an den Nachlaßsachen zutheilt,[16] und Kondemnationen, mittels deren er Miterben Geldleistungen zu Gunsten Anderer auflegt.[17]

Der Theilungsrichter muß in erster Linie die Vereinbarungen der Betheiligten seiner Theilung zu Grunde legen, ferner die Anordnungen des Erblassers beachten,[18] soweit sie nicht rechtsverletzend sind; im

---

10) l. 4 § 3, l. 5, l. 6 D. h. t. 10, 2. Entsprechendes muß von Erbbegräbnissen gelten, vgl. freilich l. 30 D. h. t. 10, 2, l. 4 C. de religiosis 3, 44. Siehe auch B.G.B. § 2047 Abs. 2.

11) l. 3 D. h. t. 10, 2. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet: nec tamen scilicet haec adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur, sed ut sive agendum sit partim suo partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur partim suo partim procuratorio nomine conveniatur: nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt.

12) Insbesondere sind Faustpfänder, welche dem Erblasser bestellt waren, einem der Miterben zu adjudiciren, womit diesem auch die versicherte Forderung ausschließlich zugetheilt wird. Hierher gehört die berühmte l. 29 D. h. t. 10, 2; vgl. über sie Vangerow Bd. 1 § 365.

13) In dieser Hinsicht sind die oben Bd. 1 § 197 entwickelten Sätze maßgebend.

14) l. 4 pr., l. 25 § 22, l. 28, l. 42 D. h. t. 10, 2. Hat der Erblasser einem der Miterben die Tragung gewisser Erbschaftsschulden auferlegt, so hat der Theilungsrichter für die Uebernahme zu sorgen, natürlich vorbehaltlich des Rechtes jenes Miterben auf die Falcidia, beziehungsweise seinen Pflichttheil, l. 20 § 5 D. h. t. 10, 2.

15) l. 18 § 2 D. h. t. 10, 2.

16) l. 22 §§ 1 und 2 D. h. t. 10, 2.

17) l. 55 D. h. t. 10, 2.

18) l. 10 C. h. t. 3, 36. Ob der Theilungsrichter die Anordnungen des Erb-

Uebrigen aber hat er die Auseinandersetzung nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit vorzunehmen.[19]

Er ist keineswegs gehalten, die Erbschaftsobjekte, z. B. die Erbschaftsgrundstücke, in natura zu theilen. Vielmehr kann er sie einem der Miterben ganz, gegen Entschädigung der übrigen, adjudiciren, oder auch eine Versteigerung vornehmen und den Erlös theilen.[20]

4. Die Miterben haben im Falle der Eviktion des ihnen Zugetheilten Anspruch auf verhältnißmäßigen Ersatz, mag nun die Theilung durch Vertrag oder durch den Richter erfolgt sein.[21]

---

lassers über die Art und Weise der Theilung für angemessen hält, ist irrelevant, er ist an sie gebunden. Anders Windscheid Bd. 3 § 608 Anm. 16. Haben sich freilich die Verhältnisse, auf denen die Anordnung beruhte, wesentlich geändert, so ist dieselbe nicht mehr maßgebend. Vgl. auch B.G.B. §§ 2048, 2049.

19) l. 21 D. communi div. 10, 3.

20) l. 26 D. h. t. 10, 2. Ueber die heutige Praxis vgl. oben Bd. 1 § 197 Anm. 20. B.G.B. § 2042 Abs. 2 verweist auf die Analogie der Gemeinschaft (§§ 752 ff.), vgl. auch §§ 2046, 2047.

21) l. 15 C. h. t. 3, 36, l. 25 § 21 D. h. t. 10, 2, vgl. l. 10 § 2 D. comm. div. 10, 3.

Sachregister.

Es sind sowohl die Paragraphen als die Seiten bezeichnet. Die Paragraphen-Ziffer steht eingeklammert hinter der Seiten-Ziffer. Die fett gedruckten Zahlen weisen auf die sedes materiae hin. a = Anmerkung.

A.

B.

C.

F.

G.

H.

J.



K.

L.

M.

T.

U.

V.

W.

Z.

Verzeichniß der in den drei Bänden besprochenen Quellenstellen.

Die lateinische Ziffer bezeichnet den Band, die größere deutsche den Paragraphen, die kleinere deutsche die Anmerkung.

Institutionen.

Digesten.

Codex.

Novellen.

Vorjustinianisches Recht.

Kanonisches Recht.

Liber Extra.

Liber I.

Liber II.

Liber III.

Liber V.

Druck von Lippert & Co. in Naumburg a. S.

In demselben Verlage sind ferner erschienen:

Die Phantasie im Recht. Vortrag von **Dr. Heinrich Dernburg.** 2. Aufl. M. 1.

Persönliche Rechtsstellung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Besprochen von **Dr. Heinrich Dernburg.** M. 0,50.

Die Reform der juristischen Studienordnung. Von **Dr. Heinrich Dernburg.** M. 1.

Inhalt: I. Nothwendigkeit der Reform der juristischen Studienordnung. II. Kontrole des Besuches der Vorlesungen? III. Zwischenexamen. IV. Ferien und Lehrmethode. V. Quadriennium. VI. Ein Vorschlag. VII. Das erste Universitätsstudium und das Referendariatsexamen. VIII. Vorbereitungsdienst und zweiter Universitätscyklus. IX. Umgestaltung des Studiums in Folge des Reichscivilgesetzbuches? X. Gerichtsverfassungsgesetz. XI. Resultate. — Anhang.

Festgabe für Heinrich Dernburg zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 4. April 1900. Ueberreicht von der Juristenfakultät der Universität Berlin. M. 9.

Inhalt: **Otto Gierke,** Vereine ohne Rechtsfähigkeit. — **Heinrich Brunner,** Beiträge zur Geschichte des germanischen Wartrechtes — **Paul Oertmann,** Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten. — **Johannes Burchard,** Theil-Schuldverschreibungen mit Realsicherheit. — **Conrad Bornhak,** Die Ausweisung fremder Staatsangehörigen vom völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Standpunkte. — **Alfred Pernice,** Die sogenannten res communes omnium. — **Leonard Jacobi,** Die sittliche Pflicht im BGB. — **Albert Friedrich Berner,** Wie kommt es, daß Adolf Merkel im Strafrecht den Determinismus vertritt? — **Theodor Mommsen,** Das ägyptische Gesetzbuch. — **Wilhelm Kahl,** Die Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose. — **Josef Kohler,** Das germanische Notherbrecht und seine Geschichte in den Coutumes. — **Paul Rehme,** Zur Geschichte des Münchener Liegenschaftsrechtes. — **Johann Christoph Schwartz,** Absolute Rechtskraft und heutiges Deutsches Recht. — **Emil Seckel,** Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB.

Die Abhandlungen sind auch einzeln — je nach ihrem Umfange zum Preise von 0,40 bis 1,50 M. — zu beziehen.

Festgabe der Gießener Juristenfakultät für **Dr. Heinrich Dernburg** zum 4. April 1900. M. 4.

Inhalt: **Arthur B. Schmidt,** Ehescheidung und richterliches Ermessen. — **Alexander Leist,** Schiedssprüche gegen zwingendes Recht. — **Johannes Biermann,** Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. — **Erich Jung,** Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts.

Die Abhandlungen sind auch einzeln — je nach ihrem Umfange zum Preise von 0,80 bis 1,20 M. — zu beziehen.

Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten. Vom Standpunkt des positiven Rechtes und der Gesetzgebung. Drei civilrechtliche Abhandlungen von **L. v. Petrażycki.** 1892. M. 5,50.

Die Lehre vom Einkommen. Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich von **L. v. Petrażycki.** I. Band. Grundbegriffe 1893. M. 7,50. — II. Band. Einkommensersatz. 1. Grundlegung; 2. Zinsen; 3. Arbeitseinkommen, Honorar, Unternehmergewinn; Anhang: Entwurf (II), Civilpolitik und politische Oekonomie. 1895. M. 12,50.






MICHIGAN STATE UNIV LIBRARIES
31293003315037